R. VNIVERSITÀ DI PADOVA
ALFREDO ROCCO
Prof. Ordinario di Diritto Commerciale nella R. Università di Padova
CORSO
di
DIRITTO COMMERCIALE
PARTE GENERALE
SIC INGREDERE VT TE IPSO QVOTIDIE DOCTIOR. SIC EGREDERE VT IN DIES PATRIÆ CHRISTIANÆQ. REIPVB. VTILIOR EVADAS. ITA GYMNASIVM A SE FELICITER ORNATVM EXISTIMABIT.
"LA LITOTIPO"
EDITRICE VNIVERSITARIA - PADOVA

ALFREDO ROCCO

Prof. Ordinario di Diritto Commerciale nella R. Università di Padova

CORSO
DI
DIRITTO COMMERCIALE

PARTE GENERALE

Edizione completa

"LA LITOTIPO,,

EDITRICE UNIVERSITARIA

PADOVA 1921

INTRODUZIONE

Il diritto commerciale e la scienza del diritto commerciale

§1. Nozione del diritto Commerciale e della scienza del diritto Commerciale. "Diritto Commerciale" nel significato proprio della espressione, è il "diritto del commercio" ossia è il complesso delle norme giuridiche che regolano i rapporti derivanti dall'industria commerciale. Tuttavia l'espressione ha oggidì acquistato un valore che si allontana sensibilmente dal significato etimologico, perchè il diritto commerciale è oggi qualche cosa di meno, da un lato, qualche cosa di più dall'altro, che "il Diritto del Commercio". È qualche cosa di meno, in quanto esso non comprende se non una parte delle norme giuridiche regolanti i rapporti dell'industria commerciale. E precisamente per "diritto commerciale" di regola si intende solo il "diritto commerciale privato" cioè quel complesso di norme che regolano i rapporti fra privati e privati derivanti dal commercio, e il diritto commerciale processuale, vale a dire le norme regolanti la funzione giurisdizionale dello Stato in materia commerciale[1]. Restano fuori del diritto commerciale propriamente detto:

(1) Secondo l'opinione ormai giustamente dominante il dirit-

a) il diritto amministrativo commerciale, comprendente le norme, che disciplinano l'attività, mediante la quale lo Stato nell'interesse della sicurezza pubblica, della sanità pubblica, dell'economia pubblica, si ingerisce nell'esercizio dell'industria commerciale.

b) il diritto finanziario commerciale, il quale regola la misura e le norme del contributo che l'industria commerciale presta alle pubbliche spese.

c) il diritto commerciale penale, che regola le sanzioni penali, con cui lo Stato garantisce la lealtà del commercio e la prudenza commerciale.

d) il diritto commerciale internazionale, che disciplina il commercio internazionale sia dal punto di vista dei rapporti diretti fra Stato e Stato (diritto internazionale pubblico) sia dei rapporti tra privati e privati (diritto commerciale internazionale privato.[2]

to processuale deve considerarsi come diritto pubblico; V. fra gli altri, Chiovenda Principî di dir. processuale civile, 2ª ed. Napoli 1908 - 1909 pag. 84-85, Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885, pag. 114, segg.; Hellwig Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts, Berlin 1903 - 1910 I pag. 4

(2) Cfr. su ciò Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2ª ed Berlin 1875 - 1883, I pag. 1, 2; e 3ª ed (sotto il titolo: Universalgeschichte des Handelsrechts) Stuttgard 1891, pag. 1-2; Behrend - Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1896, pag. 9. 11; Thaller Traité élémentaire de droit commercial, 4ª ed. Paris 1910, pag. 2, 3.

D'altro canto il diritto commerciale nel suo contenuto odierno, comprende qualche cosa di più che non la disciplina giuridica dei soli rapporti dell'industria commerciale. La sfera di applicazione del diritto commerciale si è oggi talmente allargata che, oltre l'industria commerciale, anche l'industria manifatturiera è, in buona parte regolata dal diritto commerciale. Non solo, ma il processo di continua espansione del diritto commerciale è oggi giunto a tale, che una folla di attività; le quali o appartengono ad altri rami della produzione, o non sono neppur atti di produzione economica, rientrano sotto la disciplina del diritto commerciale. Se, nella determinazione di questo complesso di rapporti, che costituisce la materia o il contenuto del diritto commerciale, pur non essendo, a vero dire, rapporti commerciali, esista, un criterio direttivo unico, e quale sia, vedremo in seguito. Per ora ci basti affermare il fenomeno: che in seguito a una lunga tradizione giuridica, e per esplicita disposizione di legge, il diritto commerciale odierno regola, oltre i rapporti proprii dell'industria commerciale, anche altri rapporti che a questi sono legislativamente assimilati agli effetti della disciplina giuridica. Il diritto commerciale si può dunque oggi definire come il complesso delle norme giuridiche le quali regolano i rapporti fra privati che derivano dall'industria commerciale o che sono a questi assimilati nella disciplina giuridica, e la loro realizzazione giudiziale. Conseguentemente, la scienza del diritto com-

mérciale deve definirsi come quel ramo delle discipline giuridiche che studia tali norme regolanti il commercio o le attività assimilate, e i rapporti giuridici, che da tali norme derivano.

Per tal modo si è dato del diritto commerciale e della scienza che lo studia una idea generica, e quindi solo approssimativa. La determinazione esatta del concetto di "diritto commerciale" non può essere che il risultato di una duplice indagine: una ricerca storica, la quale stabilisca l'origine e segui le diverse fasi di sviluppo del diritto commerciale fino al diritto vigente, e uno studio del contenuto effettivo del diritto commerciale nel diritto positivo che riesca a determinare sinteticamente i limiti della sua odierna applicabilità. Sono queste appunto le indagini che verremo istituendo nei paragrafi seguenti.

§ 2. Svolgimento storico del diritto commerciale.

Lasciamo da parte tutto ciò che riguarda l'epoca preromana, non perchè la disciplina giuridica del commercio presso taluni antichi popoli, come i fenici, gli assiri, e i babilonesi, i greci, non offra interesse e anche abbondanza di notizie; ma perchè tali norme non sono in così diretta connessione collo sviluppo ulteriore del diritto commerciale, da renderne

lo studio necessario o anche soltanto utile per la conoscenza dei precedenti storici del diritto commerciale vigente, che è la meta ultima e lo scopo diretto delle nostre indagini[1]

Notevole interesse presenta invece, dal nostro punto di vista, il diritto romano. In realtà Roma non ebbe un vero diritto commerciale, un diritto cioè speciale al commercio. Ciò non perchè nel mondo romano il commercio non abbia raggiunto un grande sviluppo. Studi recenti hanno dimostrato invece che all'epoca dell'impero romano, le condizioni del traffico, e in ispecie, del traffico marittimo, erano floridissime. Roma, con la sua immensa popolazione (stimata da qualcuno fino ad un milione di abitanti) doveva necessariamente essere un centro di gran consumo: in essa affluivano i prodotti del mondo intero, e specialmente il grano, che intere flotte mercantili portavano in Italia.[2] La ragione della mancanza di un diritto speciale al commercio, in mezzo allo splendido fiorimento della giurisprudenza romana, sta proprio nella meravigliosa pieghevolezza e adattabilità del diritto romano. L'ius honorarium, creato dal Pretore coi suoi poteri quasi legislativi, si adattava benissimo ai

(1) Sul dir. comm. dell'epoca preromana v. specialmente Goldschmid, Universalgeschichte des Handelsrechts, pag. 48-49; Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts Leipzig. 1908 - pag. 14-15.
(2) Goldschmid - Universalgeschichte pag. 65 e segg.

nuovi bisogni della vita e del traffico. Con un diritto così pieghevole come il diritto onorario, non si sentiva affatto il bisogno di un diritto speciale al commercio;[1] il diritto comune dei rapporti privati serviva egregiamente anche ai rapporti commerciali. Ed è perciò che nel corpus iuris non troviamo che poche e scarse norme riguardanti il commercio. Fra queste sono da ricordare: le norme sulla responsabilità dei battellieri albergatori e stallieri, (nautae, caupones, stabularii, ut recepta restituant. Dig. IV 9); sull'azione esercitoria (de exerc. actione. Dig. XIV. 1) ed institoria (de inst actione Dig. XIV 3): sul getto e sulle avarie (de lege Rhodia de iactu Dig. XIV 2); sul cambio marittimo (de nautico foenore, Dig. XX. 2)[2]

Tutto ciò non significa che il diritto romano non abbia importanza per la storia del diritto commerciale. Al contrario, questa importanza è grandissima e dipende, sia da ciò, che il diritto romano è il fondamento di tutto il nostro diritto romano, sia, ed ancor più, dal fatto che il diritto romano, specie negli ultimi stadi del suo svolgimento, ci appare, in più di un punto, co-

(1) Goldschmidt, Universalgeschichte pag. 84.

(2) Su questi ed altri istituti di diritto commerciale romano, v. specialmente Goldschmidt, Universalgeschichte pag. 79-83; e dello stesso autore: Das receptum nautarum, cauponum, stabulariorum, nella Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, III, pag. 58-118; 331-385; Lex Rhodia und Agermanament, nella Zeitschrift citata XXXV pag. 37-90 e 391-397; inoltre.

me il prodotto delle sempre crescenti necessità del traffico (1)

Solo nel medio evo il diritto commerciale sorse e si affermò come un diritto autonomo. Due ordini di fatti si influirono principalmente: il grande rifiorire dei traffici, cominciato dopo il mille, e le corporazioni di arti e mestieri.

Con la caduta dell'impero romano, mutò profondamente quella condizione di cose, che aveva reso per tanti secoli il diritto civile così adatto a soddisfare le esigenze del traffico mercantile. A un diritto unico ed uniforme, che regolava tutto l'immenso territorio dell'impero, successe una molteplicità di ordinamenti giuridici regolanti ciascuno gli individui di una determinata origine e nazionalità, e perciò vigenti tutti insieme e in continuo conflitto, nello stesso territorio. A un diritto progredito ed eminentemente elastico, successero diritti, come quelli di origine germanica, rozzi, primitivi e rispondenti a condizioni di civiltà di troppo arretrate. Lo stesso diritto romano giustinianeo che pur continuò ad aver vigore e che finì col trionfare come diritto comune, era ormai divenuto inetto a se-

Huvelin, Histoire du droit commercial. Paris 1904, pag. 73 e segg.; Fadda. Gli istituti commerciali del diritto romano (lezioni) Napoli 1902-1903. Insufficienti sono le ricerche del Carnazza. Il diritto commerciale dei romani Catania 1891

(1) V. Behrend, Lehrbuch, pag. 19.

guire lo sviluppo del commercio, che, in breve volgere di secoli, superato lo sgomento che aveva per lungo tempo prodotto nel mondo l'aspettativa del mille, era diventato rigoglioso, specie per opera delle città marittime italiane, e delle città germaniche della lega anseatica. (1) Tutto penetrato da idee cristiane e troppo favorevoli ai debitori e incapace di uno sviluppo ulteriore per opera di un organo quale era il pretore, ormai scomparso, il diritto giustinianeo non poteva attuare quella efficace tutela del credito che è indispensabile al commercio. A ciò si aggiunga l'influenza del diritto canonico, che andava facendosi sempre maggiore, e che, col suo rigoroso divieto della stipulazione degli interessi, poneva ostacoli gravissimi allo sviluppo del credito e del commercio. Si comprende così agevolmente, come il commercio salito ormai ad una grande importanza, abbia sentito il bisogno di una regolamentazione apposita.

Alla formazione di questa speciale disciplina giuridica si prestavano in modo singolare le corporazioni dei mercanti. Nel grande sfacelo sociale e politico che seguì la caduta dell'impero romano, mancando un forte potere politico che assicurasse la pace pubblica e la realizzazione del diritto, tutte le classi di cittadini che avevano interessi comuni da far valere,

---

(1) L'Ansa fu nel M.E. una confederazione comm.le tra varie città della Germania e del Nord d'Europa.

si riunirono in associazioni per difendersi contro le soverchierie altrui e per farsi, potendo, alla loro volta soverchiatrici. Anche i mercanti si riunirono in corporazioni, le quali divennero sempre più numerose e più potenti e conquistarono il diritto di regolare da sè i propri interessi e quelli dei soci [1]: esse organizzavano e presiedevano alle fiere e ai mercati e mandavano consoli all'estero per proteggere i soci, li assistevano quando fossero colpiti da infortuni e da malattie; tutelavano la sicurezza delle comunicazioni, e, infine, funzione importantissima, dirimevano le controversie che potessero insorgere tra i soci. La corporazione era governata da uno o più consoli, assistiti dal Consiglio degli anziani. La giustizia era amministrata dai Consoli senza formalità (sine strepitu et figura iudicii) e secondo equità (ex bono et aequo). In genere l'appello dalle decisioni dei consoli era escluso; quando era ammesso, cioè nei casi più gravi, giudicavano altri mercanti iscritti alla corporazione estratti a sorte, a cui si dava il titolo di sopraconsoli. In tal modo, nel seno stesso della corporazione nascevano consuetudini, che rimanevano consacrate e fissate nelle sentenze dei consoli e dei sopraconsoli; si formavano norme di diritto scritto per mezzo degli ordini dei consoli, delle deliberazioni del consiglio degli anziani e dell'assemblea generale dei mercanti iscritti alla corporazione. Queste norme scritte e consuetudinarie venivano

(1) Vivante, Trattato I°, pag. 3.

raccolte, in volumi chiamati Statuti o brevi delle corporazioni, sottoposti poi di frequente a riordinamenti ed emendazioni per cura di una speciale magistratura, ora permanente, ora temporanea, nominata fra i migliori mercanti, che si dissero statutari od emendatori.

Accanto agli statuti delle corporazioni, bisogna ricordare le compilazioni private, che raccolsero e sistemarono le consuetudini commerciali, sorte appunto principalmente nel seno delle corporazioni. Tali compilazioni qualche volta acquistarono notorietà quasi legislativa. Le più antiche si riferiscono al commercio marittimo, che fu il primo a rifiorire. Citeremo fra esse: Constitutum usus di Pisa del 1161; la Tabula amalfitana di Amalfi (1131;); gli Ordinamenta et consuetudo maris di Trani (1063); il capitulare nauticum di Venezia (1255); il Breve curiae maris di Pisa (1298); il Breve Portus Kallaretani di Cagliari (1318); il Consolato del mare (Libro del Consolato del mar), importantissima compilazione spagnola del secolo XIV, che ebbe forza di legge per parecchi secoli e tanto nella Spagna quanto in Francia e in Italia; i Rooles o regole Oleron (les rolles des jugements d'Oleron) del secolo XII, raccolta di usi e di leggi vigenti nelle città francesi dell'Atlantico; le leggi e consuetudini di Wisby (dei secoli XIV e XV) e il diritto marittimo anseatico che regolavano il commercio marittimo nei mari nordici.

Agli statuti delle corporazioni e alle compilazioni private di consuetudini mercantili, più tardi,

rafforzatasi l'autorità dei comuni, si aggiungesero gli statuti comunali. Questi statuti, che più o meno si assomigliano nelle linee fondamentali, incominciano col secolo XIII e vanno fino al secolo XVIII; anche essi venivano di frequente riformati e migliorati. Fra i più importanti ricordiamo quelli di Venezia, di Genova, di Milano, di Piacenza, di Bologna, di Firenze di Pisa e di Siena.

L'autorità delle corporazioni e quindi quella degli statuti di esse, sul principio fu ristretta alle sole controversie nascenti per ragioni di commercio fra coloro che facevano parte della corporazione, e quindi i consoli e gli statuti mercantili non avevano alcuna autorità su coloro che fossero estranei alla corporazione. Ma, in progresso di tempo, la corporazione venne sempre più estendendo la sua autorità e giurisdizione: un pò per la tendenza usurpatrice delle corporazioni, un pò per la fiducia che il pubblico riponeva nei giudici consolari. Si cominciò ad ammettere che anche il non commerciante potesse convenire il commerciante davanti il console causa et occasione mercaturae; si stabilì perciò la competenza dei consoli (e quindi l'applicazione degli statuti della mercanzia) ogni qualvolta fosse convenuto in giudizio un commerciante per ragioni di commercio. In seguito la giurisdizione dei consoli e l'autorità degli statuti si estese ancora, e ad essi vennero sottoposti anche coloro che pur esercitando di fatto il commercio, non potevano essere iscritti

nelle matricole dei commercianti, come gli ecclesiastici, i nobili, i militari. Per sottoporli alla giurisdizione consolare ci si serviva di una finzione: si riteneva che essi fossero convenuti e giudicati non come clerici o milites, ma come mercatores o negotiatores. Lo Stracca dice: "Receptum est clericos, in his quae negotiationis causa deferunt immunitate non potiri, quoniam non convenitur ut clericos, sed ut laicus mercator."
Ammesso il principio della finzione, la sfera di applicazione del diritto commerciale venne allargandosi ancora; e quindi si fingeva commerciante non solo chi per divieti speciali non poteva esserlo, perchè non poteva essere iscritto nella corporazione, ma anche colui che senza essere iscritto esercitasse effettivamente il commercio. Gli statuti della città di Piacenza dicevano: Quod omnes contrahentes ex causa negociacionis vel cambi habentur et reputantur pro mercatoribus. Sicchè l'Ansaldo poteva dire che il privilegio della giurisdizione speciale era dato alla mercatura, non già ai commercianti: "privilegium datum est mercaturae, non personis." In tal modo si allargava la giurisdizione dei consoli e l'impero del diritto commerciale all'infuori della cerchia della corporazione. Ma non bisogna credere che si giungesse fino a concepire, come avviene oggi, un atto di commercio isolato, e indipendentemente dalla qualità e dalla professione della persona che lo poneva in essere.(1) Al contrario, il dirit

(1) Così Manara, Atti di Commercio. pag. 18-19.

to commerciale restava pur sempre essenzialmente il diritto dei commercianti: soltanto (e in ciò consisteva appunto il progresso) nel determinare la qualità di commerciante, si prescindeva dal requisito della immatricolazione nei registri della corporazione, e si aveva riguardo solo all'effettivo esercizio del commercio.[1]

Non si deve dimenticare che per sè sola l'immatricolazione non bastava mai ad attribuire la qualità di commerciante, ma occorreva sempre il requisito dell'effettivo esercizio della mercanzia[2]: l'importanza dell'evoluzione accennata stava dunque unicamente in ciò: che mediante la finzione per cui il commerciante non iscritto era equiparato al commerciante iscritto, si veniva praticamente ad eliminare il requisito formale della immatricolazione dalle condizioni richieste per acquistare la qualità di commerciante. Tuttavia questa evoluzione aveva una importanza che pure ridotta

---

(1) V. Arcangeli. Contributi alla teoria generale degli atti di commercio, nella Riv. di dir. comm. 1904, fasc. I, pag. 13 dell'estr.

(2) Statuti di Brescia del 1313 lib. III c. 59 (anteriore al 1299. Et intelligatur mercator qui publice exercet mercathandiam et qui scriptus sit sua spontanea voluntate in uno libro penes consules mercathandiae,, Stracca, de mercatura I n. 4": mercator is est qui negociationis exercendae questusque faciendi causa, merces emit ut vendat Ansaldo, De commercio et mercatura disc. generali.

entro più modesti confini è necessario rilevare: assumendo l'esercizio effettivo del commercio come criterio essenziale per la determinazione della qualità di commerciante, si dava maggior rilievo a un concetto già sorto, ma che doveva, sviluppandosi ulteriormente, condurre infine alla obiettivazione del diritto commerciale: voglio dire il concetto dell'atto di commercio.

Infatti fu il concetto dell'atto di commercio che costituì il ponte di passaggio dal sistema subiettivo al sistema obiettivo nella determinazione della sfera di applicazione del diritto commerciale da diritto dei commercianti in diritto del Commercio.

Già i più antichi statuti e i più antichi scrittori si preoccuparono di determinare che cosa dovesse intendersi per commercio, al duplice scopo di stabilire quando occorresse la qualità di commerciante nei litiganti e quando la natura commerciale nella causa, condizioni ambedue necessarie per radicare la competenza dei giudici e per determinare l'applicazione degli statuti mercantili. L'atto di commercio tipico e per eccellenza fu considerato pertanto la compra per rivendere [1]

---

(1) Stat. della mercanzia di Parma del 1215 quas emunt et vendunt seu permutant, scilicit quando emunt, sive ex permutatione accipiunt ad hoc scilicit ut revendant eas, vel eas ex causa permutationis alii vel aliis concedant. Stracca de mercatura I n. 73-74" mercatura

Sono inoltre considerate come commerciali: tutte le operazioni inerenti al cambio e alle lettere di cambio, le operazioni di banca e altri atti fatti occasione negotiationis[1]

Si riuscì così a determinare il concetto dell'atto di commercio, come atto in cui si concreta e si manifesta l'attività commerciale, pur senza giungere fino alla concezione di un atto di commercio isolato, posto in essere da un non commerciante. Questo ultimo passo verso l'allargamento, già iniziato nel campo subiettivo, della sfera di applicazione di diritto commerciale doveva essere compiuto soltanto dal codice di commercio francese del 1807.

---

est officium, quod ratione quaestus liciti excercetur in permutandis emendisque frequenter mercibus, illis quoque non mutata per se forma nec minutatim distrahendis„

(1) Ansaldo De Commercio disc. generalis nn. 53" mercator sit ille, qui vel tabulam nummulariam et pure cambiolem exercet, vel emendo et revendendo merces illas in minimo non alterat." Statuti della mercanzia di Brescia del 1429 c. 43" occasione negotiationis, mercati seu merzantiae lanarum, pannorum etc. et remuneratio nis vel mercedis dictis occasionibus et pro depositis, vel recomandationibus occasione cambiorum vel aliorum actum qui fieri contigerint de loco ad locum vel aliter„.

Ciononostante resta all'Italia il merito di aver creato il diritto commerciale, e di averne costituito i principii fondamentali e tutti i più importanti istituti (1). Anche la scienza del diritto commerciale deve la sua origine e la sua formazione alla giurisprudenza italiana: Sono da menzionare come i più benemeriti Benvenuto Stracca anconitano (+ 1578), che scrisse il primo trattato di diritto commerciale: (Tractatus de mercatura seu mercatore. Venezia 1553) Sigismondo Scaccia genovese (Tractatus de commerciis et cambio Genova 1641); Francesco Rocco di Napoli (+1676), che pubblicò molti Responsa legalia in materia commerciale. Napoli 1655; G.B. de Luca di Venezia (+ 1683), che scrisse un largo trattato in 15 libri: Theatrum veritatis et justitiae. Venezia 1734, di cui sono dedicati al commercio i libri V, VII, VIII; Ansaldo de Ansaldi di Firenze (+ 1719) a cui dobbiamo i Discursus legales de commercio. Roma 1689; e sopra tutti Guiseppe Maria Lorenzo de Casaregio, genovese (+ 1737) celebre per i suoi Discursus legales de commercio. Firenze 1719 pieni di acume e di senno pratico.

Nel secolo XVII col consolidarsi e l'estendersi del poter regio nei grandi stati, anche la legislazione commerciale entra in una nuova fase. In Francia sotto il regno di Luigi XIV, si fanno i pri

---

(1) Pertile, Storia del dir. ital. IV, pag. 681

ni tentativi di unificazione e di codificazione delle leggi mercantili, e vengono promulgate le due celebri ordinanze: quella del Commercio del 1673 e quella della marina del 1681 dovute entrambe a Colbert. Con queste ordinanze, che riassunsero e sistemarono le norme sparse nei vari statuti delle città commerciali italiane, e i risultati della dottrina italiana, passò alla Francia, a cui era già passata la egemonia nelle industrie e nei traffici, anche il primato della giurisprudenza commerciale.(1)

Tuttavia le ordinanze francesi del 1673 e del 1681 ebbero maggior importanza per la sistemazione dei principi e delle norme, sparse in innumerevoli fonti legislative e dottrinali, che per la novità del contenuto. Non credo invero si possa loro attribuire il merito di avere profondamente modificato il carattere del diritto commerciale, e di avere per la prima volta creati degli atti di commercio obiettivi, ossia degli atti dichiarati commerciali dal legislatore, e perciò sottoposti all'impero delle leggi commerciali e alla giurisdizione dei giudici consolari, indipendentemente dalla qualità di coloro che li compiono.(2)

È vero infatti che l'ordinanza del 1673 ne

(1) Franchi. Manuale, pag. 9.

(2) Manara, Atti di commercio, pag. 19-20

gli art. 2 e 7 attribuiva le controversie dipendenti dalle cambiali e da alcuni contratti del commercio marittimo alla competenza dei consoli, da chiunque fossero stati compiuti. Ma ciò non significa ancora che un atto isolato, della categoria di quelli enumerati dall'ordinanza, basti, di per sè solo, e indipendentemente dalla professione mercantile di chi lo pone in essere a determinare l'applicazione della legge e della giurisdizione commerciale. Questo l'ordinanza non dice: e perciò da quelle due disposizioni non si può trarre altra conseguenza se non questa: che il compimento degli atti indicati negli art. 2 e 7 (lettere di cambio, operazioni del commercio marittimo) fa presumere in chi li compie la qualità di commerciante e a questo titolo li sottopone all'impero delle leggi e alla giurisdizione dei tribunali commerciali. Tanto è ciò vero che il Jousse, autorevole commendatore dell'ordinanza, così ne spiega il sistema: "Les bourgeois et autres qui ne sont ni marchands, ni artisans, même les officiers, qui se melent d'acheter et revendre, son réputés marchands.......... quoiqu'ils ne fassent le commerce qu'en passant."(1)

La radicale trasformazione del carattere del diritto commerciale nel senso della obiettivazione fu operata dal codice di commercio francese del 1807, la

(1) Jousse. Commentaire sur l'ordonnance pag. 294.

cui promulgazione segna veramente un'epoca nella storia del diritto commerciale.

Già Luigi XVI aveva vagheggiato una riforma dell'ordinanza del 1673 e a questo scopo aveva nominato una commissione: ma la rivoluzione interuppe il disegno che venne ripreso da Napoleone, primo console. Nel 1801 fu istituita una commissione di sette membri, parte giuristi, parte uomini d'affari, che alla fine dello stesso anno, presentò un progetto accompagnato da una relazione esplicativa. Questo progetto, modificato sulle osservazioni della magistratura e delle Camere di Commercio, fu presentato al Consiglio di Stato dove fu lungamente discusso e venne finalmente approvato dal Parlamento con cinque deliberazioni successive, dal 10 al 15 settembre 1807. Fu posto in vigore il 1° gennaio 1808.

Questa data segna un momento veramente decisivo nella storia del diritto commerciale.

La base, è vero, su cui venne elaborato il codice, furono le due ordinanze del 1673 e del 1681, ma il progresso conseguito, sia dal punto di vista della forma, sia da quello della sostanza, fu enorme. In prima linea, come importante e caratteristica, sebbene non sia stata prima messa nella luce che merita, poniamo l'innovazione concernente il campo di applicazione del diritto e della giurisdizione commerciale. La portata e il valore della

innovazione non possono cogliersi, se non si seguano, attraverso i lavori preparatori, le vicende che portano alla formulazione degli art. 631, 632 e 633, nei quali è appunto consacrato il sistema per cui il diritto commerciale cessò di essere il diritto dei commercianti, per diventare il diritto degli atti di commercio.
La commissione che redasse il primo progetto proponeva che fosse sottoposta alla giurisdizione dei tribunali di commercio ogni contestazione per fatti di commercio, e perciò stabiliva: „la competenza dei tribunali di commercio si determina per il fatto che dà luogo alla contestazione[1]„. Questa proposta fu approvata da talune Corti e da taluni tribunali e fu combattuta da altre Corti e da altri tribunali, che trovarono troppo grave l'innovazione, per cui si veniva a capovolgere il sistema dell'ordinanza del 1673.[2] In definitiva, prevalse un sistema, che fu qualificato come intermedio: fra quello della competenza reale proposto dalla Commissione, e quello della competenza personale dell'ordinanza del 1673.[3] Ma in realtà esso significava la trasformazione del diritto commerciale da diritto dei commercianti in diritto degli atti di commercio. Per l'art. 631 infatti del codice, la giurisdizione dei tribunali di commercio (e quindi l'impero

---

(1) Cfr.: Locré: Esprit du code de commerce. VIII, pag. 210 e seg.
(2) Locré, VIII pag. 211 e segg.
(3) Locré VIII pag. 236 e segg.

del diritto commerciale) si estende:

1º a tutte le obbligazioni e transazioni fra negozianti, mercanti e banchieri.

2º a tutti gli atti di commercio, qualunque siano le persone fra le quali intervengono. E gli art. 632 e 633 enumerano quattordici categorie di atti di commercio. In sostanza dunque, con gli art. 632 e 633 si allargava il campo di applicazione del diritto commerciale a tutti gli atti di commercio, prescindendo dalla qualità e dalla professione delle persone che li pongono in essere. Ora in questo allargamento appunto sta la trasformazione sopra accennata, sta la obiettivizzazione del diritto commerciale. È vero che con questi articoli non si abolisce la disposizione del diritto anteriore, per cui la giurisdizione e il diritto commerciale, si estendevano ai rapporti tra commercianti per atti di commercio; ma una volta stabilito che tutti gli atti di commercio, da chiunque compiuti, vanno soggetti alle leggi e al giudice commerciale, quella stessa disposizione viene a mutar significato e a ridursi a semplice presunzione di commerciabilità per gli atti intervenuti fra i commercianti. Diventa cioè una semplice appendice dell'altra disposizione che assoggetta all'impero della legge commerciale tutti gli atti di commercio. Quando infatti si dice che tutti gli atti di commercio, compiuti da commercianti e da non commercianti, rientrano nella sfera d'azione del diritto e della legge com=

merciale, si pone una norma generale e assorbente, che comprende anche gli atti di <u>commercio</u> compiuti fra commercianti, di fronte alla quale la regola per cui tutti gli atti fra commercianti sono soggetti alla legge commerciale, si riduce ad una norma accessoria, a una semplice presunzione di commercialità.

Il codice Napoleonico, primo saggio di una compiuta codificazione del diritto commerciale, ebbe anche per opera delle conquiste napoleoniche, che lo introdussero e lo fecero conoscere in tutta Europa, una diffusione immensa ad una indiscussa autorità. Esso consta di 648 articoli ed è diviso in quattro libri: libro primo: <u>del commercio in generale</u>; libro secondo: <u>del commercio marittimo</u>; libro terzo: <u>dei fallimenti e delle bancherotte</u>; libro quarto; <u>della giurisdizione commerciale</u>. Questo codice tradotto con lievi modificazioni fu pubblicato nel Regno italico il 17 luglio 1808 e vi ebbe vigore fino alla Restaurazione (1814).

Ma come la legislazione civile, così anche quella commerciale dell'impero napoleonico sopravisse, in gran parte alla caduta del impero francese in Italia. Il codice di commercio francese fu infatti conservato in vigore nelle provincie pontificie con i due editti 5 luglio 1815 e 1 giugno 1821 sotto il titolo di <u>Regolamento provvisorio di commercio</u>: nel regno di Napoli, dove però nel

1819 fu sostituito dalle Leggi di eccezione per gli affari di commercio, 5ª parte del codice per lo regno delle due Sicilie, calcata sul codice francese: e infine a Parma e in Toscana. Anche nel Lombardo-Veneto l'Austria lasciò in vigore il primo libro del codice francese fino a che nel 1850 fu promulgata l'ordinanza di cambio germanica, e nel 1863 i primi quattro libri del codice di commercio germanico.

Nel ducato di Modena venne, dopo la restaurazione, richiamato in vigore il codice estense del 1771: nel 1851 vi fu peró promulgato un codice di commercio che durò in vigore fino al 1865. In Piemonte pure vennero richiamate in vigore le antiche leggi e consuetudini: ma anche qui si sentì presto il bisogno di una riforma, che venne attuata da Carlo Alberto nel 1842 colla promulgazione di un codice di commercio, detto albertino, il quale non fu che una fedele riproduzione del codice francese modificato da alcune leggi posteriori.

Costitutosi il regno d'Italia, l'opera di unificazione legislativa compiutasi nel 1865, comprese anche il codice di commercio. A base del nuovo codice fu preso il codice albertino, che venne però, modificato in alcuni punti e specie per ciò che concerne i mediatori, le cambiali e le società; così modificato per tutto il regno con legge 25 giugno 1865 e posto in vigore a datare da 1° Gennaio 1866.

Ma non appena promulgato il nuovo

codice si sentì il bisogno di preparare una riforma più ampia e più meditata. Tre anni appena dopo l'andata in vigore del codice del 1865 cioè nel 1869, venne istituita una Commissione coll'incarico di preparare un progetto di codice di commercio. Dopo tre anni di lavoro cioè nel 1872, questa commissione compilò un progetto preliminare. Gli atti di essa vennero pubblicati in cinque volumi - (Firenze, Stamperia reale 1872-1873) ed esaurita la prima edizione, ristampati in tre volumi (Roma, Stamperia, reale 1884). Il progetto preliminare della Commissione del 1869 venne comunicato alle Camere di Commercio, alle Corti di Appello e di Cassazione, ai collegi degli avvocati ed alle facoltà di giurisprudenza: le risposte vennero pubblicate in un volume (Osservazioni e pareri della magistratura ecc; Firenze stamperia reale 1878). Quindi fu nominata una seconda Commissione, perchè, tenendo conto delle osservazioni raccolte, preparasse un progetto definitivo. Gli atti di questa commissione non furono mai pubblicati, ma il progetto definitivo fu presentato al Senato dal Ministro Mancini nel 1877, con una dotta relazione che rende conto delle disposizioni del progetto fino al titolo delle società. (Relazione od esposizione dei motivi del progetto del codice di commercio del Regno d'Italia. Roma stamperia reale 1878) Questo progetto non venne discusso per intero dal Senato: venne

invece da esso approvato un disegno di legge, che dava facoltà al Governo di pubblicare il codice di commercio, secondo il progetto presentato al Senato, tenendo conto delle osservazioni fatte al Senato stesso (30 Giugno 1880) La Camera dei deputati approvò anch'essa, su relazione dei deputati Mancini e Pasquali, il progetto, con alcune modificazioni che ne resero necessario il ritorno al Senato. Tutti i lavori preparatori del periodo che va dal 1877 al 1882 furono pubblicati nel 1882 in 2 volumi. Approvato di nuovo dal Senato, il progetto divenne legge per decreto del 2 aprile 1882. In esecuzione della qual legge venne nominata una Commissione detta di coordinamento, coll'incarico di emendare il testo del codice, secondo i voti della Camera e del Senato, di coordinarlo colle altre leggi dello Stato, e di proporre le disposizioni transitorie: i lavori di questa Commissione furono pubblicati nel 1885 (Roma, Botta 1885). Sulle proposte di questa Commissione il testo definitivo del codice venne approvato con R. D. 31 Ott. 1882 ed ebbe vigore il 1° gennaio 1883.(1)

Il codice del 1883, tutt'ora vigente consta

---

(1) Tutti i lavori preparatori del codice di commercio vigente, dal 1869 al 1882 sono adunque compresi nei seguenti volumi:

a) Atti della Commissione incaricata di pre

di 926 articoli ed è diviso in quattro libri: libro primo: del commercio in generale; libro secondo: del commercio marittimo e della navigazione; libro terzo: del fallimento; libro quarto: dell'esercizio delle azioni commerciali e della loro durata. Il nuovo codice sentì l'influsso del codice francese, e della legislazione francese per ciò che concerne il diritto marittimo e il fallimento; della legislazione belga, per le società, della legislazione germanica per il diritto cambiario. Nel complesso esso si stacca notevolmente dal modello francese: su cui si avvantaggia assai

---

parare il progetto di codice di commercio per il Regno d'Italia, (Firenze 1872-1873. 2ª ed. Roma 1884 con una appendice contenente i lavori preparatori del cod. di comm. del 1865) 1ª ed. 5 vol. 2ª ed. 3 volumi.

b) Osservazioni e pareri della magistratura ecc. sul progetto proposto da quella Commissione (Roma 1878) 1 vol.

c) Relazione od esposizioni dei motivi del Ministro Mancini al Senato (Roma, 1878) 1 vol.

d) Lavori preparatori del codice di commercio del Regno d'Italia (Roma 1883) 2 vol. in due parti ciascuno.

e) Atti della Commissione nominata con incarico di studiare le disposizioni e modificazioni concernenti il nuovo codice di commercio Roma 1885. 1 vol.

per la completezza, l'ordine e il sistema: non può però ancora dirsi un codice originale, per quanto sia da lodarsi per parecchie importanti osservazioni su tutti i codici allora vigenti.

Cenni di diritto comparato. — Oggi di le legislazioni vigenti possono ricondursi tutte a 6 tipi principali:

1º Legislazione di tipo francese a cui appartiene sostanzialmente anche la legislazione italiana.

2º Legislazione di tipo germanico.

3º Legislazione di tipo spagnolo.

4º Legislazione di tipo inglese.

5º Legislazione russa

6º Legislazioni scandinave.

A) Legislazione di tipo francese. Anche la legislazione francese, nel secolo ormai trascorso dalla promulgazione del codice napoleone ha progredito: leggi speciali hanno ormai modificato e completato quasi per intero il testo primitivo, citeremo fra le più importanti: la legge 28 maggio 1838 che riformò completamente il 3º libro (del fallimento): le leggi 24 luglio 1867 e il 1º agosto 1893 sulle società: la legge 4 marzo 1885 sulle liquidazioni giudiziarie ecc.

Il Belgio, che aveva accolto integralmente il codice francese, è venuto ormai quasi completamente sostituendolo con leggi speciali, fra cui ricordiamo, quelle del 1873 sulle società: quelle del 1851 sul fallimento e quella del 1886 sul concordato preventivo.

La Grecia e l'Olanda hanno ancora il codice di commercio francese. Questa ultima però prepara una riforma della sua legislazione commerciale, che finora ha condotto alla promulgazione di una legge speciale sul fallimento, datata dal 1893, in vigore dal 1896.

B) Al gruppo germanico appartengono: la legislazione commerciale dell'Impero Germanico e dell'Austria, la legislazione svizzera e la legislazione giapponese.

a) Germania. L'unificazione della legislazione commerciale precedette, in Germania di molti anni la unificazione politica. Fin dal 1845 vari stati germanici nominarono d'accordo una Commissione coll'incarico di preparare un progetto per una legge generale sulle cambiali. Questa commissione si radunò a Lipsia nel 1847 e pubblicò il Progetto di una ordinanza di cambio tedesca che viene adottato come legge dei varii stati nell'anno 1848. L'unificazione della restante legislazione commerciale non avvenne che parecchi anni più tardi. Solo nel 1857 si radunò a Norimberga una Commissione, nominata dai vari stati della federazione germanica, coll'incarico di procedere alla compilazione di un progetto di codice generale di commercio germanico. La Commissione di Norimberga terminò i suoi lavori nel 1861. Il progetto da essa preparato fu in breve adottato come legge da quasi tutti gli Stati della Germania: prima di tutti

la Prussia colla legge 24 giugno 1861. In questo codice veniva regolata tutta la materia commerciale: eccezione fatta del diritto cambiario. Il fallimento o concorso, che in Germania é istituto comune ai commercianti ed ai non commercianti fu regolato con legge apposita del 10 febbraio 1877. La particolarità più saliente del codice germanico del 1861 sta nell'avere ulteriormente esteso la sfera di applicazione del diritto commerciale, in quanto, per la disposizione del § 277 le norme del diritto commerciale si applicano anche agli atti, che siano commerciali per una sola delle parti: il che significa allargare l'impero della legge commerciale ad ogni atto della vita civile di un non commerciante, che abbia contrattato con un commerciante.

La pubblicazione del codice civile germanico avvenuta nel 1896, rese necessaria una revisione generale di tutta la legislazione germanica di diritto privato. Anche il codice di commercio fu compreso in questa opera di revisione e di coordinamento: e venne pubblicato, con notevoli modificazioni il 10 maggio 1897. Sulla base del codice civile venne sottoposta a revisione anche la legge sui concorsi, ripubblicata il 20 maggio 1897. Per le cambiali è tuttora in vigore la legge del 1848, pubblicata per tutto l'impero germanico nel 1871. Il nuovo codice del 1907 segna anch'esso una data nella storia del diritto commerciale: dopo tanti secoli di progressivo allargamento del campo d'azione del diritto commercia

le, per la prima volta si nota un arresto o meglio, addirittura, un regresso. Per il codice del 1897 (§ 1 e 343) il diritto commerciale torna a regolare l'attività dei commercianti e resta fuori del suo ambito l'atto isolato di commercio del non commerciante (cfr. su ciò Bolaffio nel D. C. 1897.)

b. Austria Ungheria e paesi ex austriaci. In Austria fu nel 1850 adottata integralmente la legge cambiaria Germanica; e nel 1862 il codice di commercio germanico del 1861 eccezione fatta per il diritto marittimo per il quale è ancora in vigore l'edito politico di navigazione mercantile di Maria Teresa (1774) modificato da varie leggi speciali. Per i fallimenti vige una ordinanza del 1915.

L'Ungheria ha una legislazione speciale di tipo però prettamente tedesco: il codice di commercio è del luglio 1875; la legge cambiaria del 5 giugno 1876: la legge sui fallimenti del 1881.

c.) Svizzera. La Svizzera ha unificato la sua legislazione commerciale nel 1881; particolarità singolare di questa legislazione è la fusione del diritto civile e commerciale in un codice unico delle obbligazioni: la legge sul fallimento e sulla esecuzione per debiti è del 1889.

d) Giappone. Di tipo germanico è anche il codice di commercio giapponese del primo gennaio 1899.

C. Al gruppo spagnuolo appartengono: il codice spagnuolo, il portoghese e i codici delle repubbliche del Sud-America.

a) Spagna. La Spagna ebbe nel 1829 un codice di commercio, in cui mettendosi largamente a profitto il codice francese del 1808 si utilizzarono anche le fonti indigene di diritto commerciale, in specie le ordinanze a Bilbao. Questo codice fu in vigore fino dall'anno 1886, in cui venne sostituito dal nuovo codice di commercio promulgato il 22 agosto 1885. Il fallimento, esteso come procedura consorsuale anche ai non commercianti, è regolato dalla legge di procedura civile del 1881 e da una legge speciale 10 giugno 1897.

b.) Portogallo. Il primo codice di commercio portoghese è del 1833, sostituito col codice del 28 giugno 1888: il fallimento è regolato anche da una legge del 26 luglio 1899.

c) Delle repubbliche del Sud-america alcune hanno codici che sono la quasi letterale riproduzione del codice spagnuolo del 1829; come la Bolivia (codice del 1834): il Perù (cod. del 1902); la Columbia (cod. del 1869); il Messico (cod. del 1890); il Venezuela (cod. del 1873). Altre come il Brasile presero a modello il codice portoghese del 1833 (codice del 1850) Qualche originalità hanno il codice del Chilì (1863) e quello dell'Argentina (cod. del 1889 completato dalle leggi 30 dicembre 1902 sul fal-

limento.)

D) Al gruppo anglo-sassone appartengono il diritto inglese e nord-americano. Ambedue hanno questo di caratteristico: che sono nella sostanza, consuetudinari, e che non esistono, in essi, norme speciali per la materia commerciale. I principi generali del diritto comune (common law) sulle obbligazioni civili, valgono anche per le obbligazioni comm. Vi sono però tanto in Inghilterra quanto negli Stati Uniti d'America molte leggi speciali che regolano singoli istituti di diritto commerciale. Fra le leggi inglesi citiamo quella sulle società del 1862; quella sul fallimento del 1883; quella sulle cambiali del 1882; quella sul commercio marittimo del 1894. Le leggi nord-americane variano da Stato a Stato dell'Unione e sono talmente numerose da non potersene qui dare neanche un breve cenno.

E) Due gruppi a parte formano il diritto commerciale russo e quello degli Stati Scandinavi.

Ea) Quanto alla legislazione commerciale russa essa è ripartita in più compilazioni redatte per ordine del governo. Le leggi dell'impero formano una collezione di parecchi volumi, ognuno dei quali é diviso in più parti. L'11° volume, seconda parte, contiene le sei leggi principali, regolanti la materia commerciale; l'ultima edi-

rione di questo 11° volume è del 1893. Delle società si occupa invece il 10° volume consacrato al diritto civile: l'ultima ed. è del 1895.

IIb) Gli Stati Scandinavi (Danimarca, Svezia e Norvegia) hanno ancora a base della loro legislazione commerciale le antiche leggi dei secoli XVII e XVIII. La Danimarca e la Norvegia hanno il cod. di Cristiano IV del 1683; la Svezia il cod. del 1734. Tutti e tre questi Stati, in seguito ad una intesa comune, hanno adottato nel 1880 una legge cambiaria uniforme e nel 1891-92 un codice marittimo. Oltre a queste tre leggi comuni, ognuno dei tre Stati ha emanato leggi speciali in materia di commercio: ricordiamo la legge danese del 1872; quella svedese del 1862 e quella norvegese del 1863 sui fallimenti: la recente legge svedese del 1895 sulle società per azioni ecc.

Una raccolta delle leggi commerciali di tutto il mondo, tradotto in tedesco è quella di Borchadt, Die gelten den Handelsghesetze des Erdballs. Berlin 2ª ed. in corso di pubblicazione.

Molte leggi commerciali si trovano riferite, man mano che escono nell'Annuaire de législation étrangère, Paris, del 1872.

§3. Carattere odierno del diritto commerciale.

Lo studio del carattere odierno del diritto commerciale implica un doppio ordine d'indagi

ni, il diritto commerciale moderno può, cioè, esser considerato dal punto di vista del contenuto, ossia dei rapporti sociali che esso regola, e dal punto di vista della forma ossia della struttura e della natura delle norme giuridiche, che lo compongono. S'intende che i due problemi sono strettamente connessi, anzi non sono che due aspetti dello stesso problema; è ben naturale che la natura dei rapporti regolati determini la struttura formale delle norme regolatrici.

Avvertiamo che parlando del diritto commerciale moderno, intendiamo riferirci principalmente al diritto commerciale positivo italiano, la cui esposizione è oggetto del nostro corso.

I Contenuto del diritto commerciale moderno. Il commercio dal punto di vista economico e giuridico La materia di commercio.

Abbiamo veduto che il diritto commerciale, è secondo dice lo stesso suo nome, il diritto che regola i rapporti del commercio economico. La nozione economica del commercio è dunque il presupposto indispensabile delle nostre ricerche, giacchè il commercio economico forma pur sempre, storicamente e concettualmente, il nucleo fondamentale e caratteristico dei rapporti regolati dal diritto commerciale.

Nella vita moderna è di una incalcolabile importanza il fenomeno dello scambio. La quasi totalità delle ricchezze oggidì non è prodotta per essere consumata direttamente dal produttore: ma per esse-

re scambiata con altre ricchezze. I prodotti non sono considerati che come merce, cioè come cose destinate allo scambio. La nostra industria, la nostra abilità, la nostra intelligenza sono destinate il più delle volte a soddisfare i bisogni degli altri e non i nostri: ed ecco perchè, noi valutiamo le cose non secondo la loro maggiore o minore utilità per noi, ma unicamente secondo il loro valore di scambio, cioè secondo la loro utilità per gli altri. È alla divisione del lavoro che si deve il fenomeno dello scambio: ciascuno producendo più e meglio col dedicarsi ad un solo genere di lavoro, ne deriva la specializzazione del lavoro e quindi lo scambio. Grandi sono i benefici dello scambio: noi ci contenteremo di enumerare due soltanto: esso permette di utilizzare nel miglior modo possibile una quantità di ricchezze che sarebbero altrimenti rimaste inutili, perchè superiori ai bisogni di chi le produce; e permette di utilizzare una quantità di capacità produttive che altrimenti sarebbero rimaste inattive, giacchè permette a ciascuno di regolare la sua produzione, non sui bisogni. ma sulle sue attitudini [1]

Il progredire della civiltà, e il continuo allargarsi del mercato che da cittadino è divenuto prima nazionale, poi coloniale, ed oggi infine mondiale, hanno reso sempre più difficile lo scambio diretto da produttore a consumatore, malgrado il pro-

---

(1) V. Gide. Principes d'économie politique 7ª ed. Paris 1901 pag. 211 e seg.

gressivo e contemporaneo miglioramento delle communi-
cazioni. Allargato il mercato a tutto il mondo, lo scam-
bio internazionale non è possibile senza la cono-
scenza perfetta delle condizioni del consumo e della pro-
duzione nelle varie piazze, senza relazioni numerose
in luoghi diversissimi e lontanissimi, senza un la-
voro alacre ed assiduo di conquista dei vari merca-
ti: occorre studiare le provviste accumulate nelle va-
rie piazze, i carichi viaggianti, le probabilità dei rac-
colti, conoscere i sistemi monetari, i pesi, le misure
dei diversi paesi: coprirsi contro le oscillazioni dei cam-
bi: conoscere le diverse consuetudini sugli sconti, sugli
abbuoni, sugli imballaggi, sulle provvigioni, promuo-
vere gli acquisti mediante circolari, campioni, com-
messi viaggiatori. Tutto ciò richiede conoscenza tec-
niche speciali, assorbe attività: implica rischi: ma d'altro
canto costituisce una funzione di utilità incontestata;
infatti rendere possibile o facilitare lo scambio significa
aumentare il valore dei prodotti, giacchè, come è noto, il
valore dei prodotti dipende appunto dalla maggiore
o minore facilità di scambiarli con altri prodotti.
Questa funzione adunque, questo ufficio dell'umana
attività, ridotta a procacciare o facilitare lo scambio è uno
dei rami della produzione economica: e costituisce ap-
punto l'industria commerciale o commercio(1). Questa

---

(1) C. Gide, op. cit. pag. 218 e seg. Vivante, Trattato di diritto com-
merciale. I num. 328; Manara. Gli atti di commercio secondo

industria in omaggio al principio della divisione del lavoro è esercitata professionalmente da persone che speculano appunto facendosi intermediari tra chi produce e chi consuma per avvicinare la domanda e l'offerta e facilitare così gli scambi: sono essi i commercianti. Oggidì, è vero, la funzione di questi intermediari professionisti va divenendo meno importante, giacchè i produttori tendono con assiduo sforzo a mettersi in diretta relazione coi consumatori: ma ciò non significa che venga meno la funzione sociale e economica del commercio: il posto dei commercianti è preso dalle associazioni dei produttori, le quali sostituiscono l'intermediario: ma appunto perchè lo sostituiscono ne esercitano la funzione: solo queste associazioni producono a favore dei loro membri, cioè degli stessi produttori.

Questa la nozione economica del commercio. Data la quale siamo ben lungi dall'aver determinato il campo di applicazione del diritto commerciale, ossia il suo contenuto odierno. E ciò per varie ragioni.

Il diritto commerciale abbiamo veduto, secondo il concetto comune che si ha di questa parte

---

l'art. 4 del cod. di commercio italiano. Torino 1887 num. 12 e seg. Vidari. Corso di diritto commerciale. 5ª ed. Milano 1900, num. 21 e seg. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 2ª ed. Stuttgart 1875 § 40 e 3ª ed. (sotto il titolo: Universalgeschichte des Handelsrechts) Stuttgart. 1891 § 1; Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts, Berlin 1896 § 1.

dell'ordinamento giuridico non regola che i rapporti privati inerenti al commercio: esso è una parte del diritto _privato_. Le norme del diritto commerciale perciò (e lo vedremo meglio in seguito) sono di fronte al complesso delle norme regolanti tutti in genere i rapporti privati (diritto _civile_ e _comune_) norme _speciali_ o _eccezionali_. In simile condizione di cose è ben naturale che la determinazione dei rapporti sottratti all'impero del diritto comune e assoggettati a quello del diritto speciale o eccezionale sia fatta dalla legge stessa. Ogni legislazione speciale per una determinata materia compresa in una più vasta serie di rapporti regolata da alcune delle grandi branche del diritto, presuppone di necessità o una o più norme che tale materia esattamente determinino.[1] Ma per la materia regolata dal diritto commerciale la norma direttiva e _delimitativa_ non può consistere in un puro e semplice rinvio del concetto economico del commercio. Questo concetto è troppo incerto e disputato, perchè ad esso pos-

---

(1) Cfr. _Magri_. _Le materie commerciali nella legislazione italiana_. Bologna, 1910, pag. 1. Il _Magri_ chiama queste norme delimitative "norme sistematiche„ in contrapposto alle altre, propriamente regolatrici dei rapporti, a cui assegna il nome di "norme dispositive„. Le denominazioni non sono in realtà troppo felici (specie la seconda) per la confusione che possono ingenerare con altre distinzioni e con altri concetti, compresi nel linguaggio giuridico sotto le stesse denominazioni.

sa affidarsi il legislatore in una questione così importante come la delimitazione della sfera di applicazione del diritto commerciale.

Nè basta. In nessun momento della evoluzione del diritto commerciale, il concetto economico del commercio è coinciso con il concetto giuridico della materia di commercio, ossia dei rapporti regolati dal diritto commerciale. Fin dalle origini, all'autorità dei giudici e degli statuti mercantili erano soggette non solo le controversie sorte causa mercaturae, ma anche quelle sorte occasione mercaturae. E fin dai primi tempi la materia del cambio era soggetta all'impero della legge e della giurisdizione commerciale: come anche vi rientrava tutto ciò che riguardava la professione dei banchieri[1] Oggi poi il campo di applicazione del diritto commerciale si è di assai più esteso oltre i confini del puro e semplice commercio in senso economico.

Innegabile è quindi la necessità di una determinazione legislativa di rapporti regolati dal diritto commerciale, ossia della così detta (art 1 del cod. di comm.) materia di commercio[2] Materia commerciale è appunto il complesso dei rapporti che la legge assoggetta all'impero del diritto commerciale. È dunque lo stesso diritto commerciale che stabilisce quali sono i rap-

---

(1) V. più indietro.

(2). Art. 1 „In materia di commercio si osservano le leggi commerciali ecc.„

porti da esso regolati. Il codice di commercio agisce così da legge fondamentale per determinare la sfera dei rapporti privati disciplinati dal diritto commerciale. Nè si dica che definendo il diritto commerciale come quello che regola la materia di commercio, e la materia di commercio come quella che è regolata dal diritto commerciale, non si definisce nè il diritto, nè la materia commerciale, in quanto ci si serve del concetto dell'uno per identificare l'altro concetto.(1) Questa obbiezione non è decisiva, perchè affermando che la determinazione della materia commerciale va fatta rimettendosi a quanto dispone la legge, si afferma soltanto che il problema del contenuto del diritto commerciale è un problema di diritto positivo; non v'è alcun giro di parole nel dire che il diritto commerciale regola quel complesso di rapporti che apposite disposizioni di legge determinano specificamente come rapporti commerciali o ad essi assimilati. A questo proposito occorre rilevare che quando si parla di materia commerciale, si vuol stabilire il contenuto sostanziale del diritto commerciale obiettivo, ossia il complesso dei rapporti sociali regolati dalle norme del diritto commerciale. Nel determinare la materia di commercio, si hanno, dunque, sempre presenti fatti e rapporti sociali, che come tali e non come fatti e rapporti giuridici, sono considerati. Ciò è tanto più necessario, in quanto potrebbe ingene

(1) Bolaffio. Il cod. di comm. commentato, 2ª ed. I pag. 7

rare equivoci il fatto che apposite norme giuridiche (le norme delimitative o, come altri si esprime, sistematiche) determinano quali rapporti sociali sono regolati dal dir. comm. Or tali norme considerano i rapporti costituenti la materia di commercio come rapporti sociali e non come rapporti e istituti giuridici; e appunto perchè tali norme sono delimitative e non intrinsecamente regolatrici esse non possono considerare i rapporti che le norme stesse delimitano che come rapporti sociali, e non hanno ancora virtù di trasformarli in rapporti giuridici: ciò che sarà appunto compito delle norme regolatrici(1)

Resta a risolvere il problema di diritto positivo: quali rapporti sono dal legislatore italiano considerati come commerciali, ossia, quali rapporti costituiscono, secondo il diritto positivo italiano, materia di commercio?

Non è qui il luogo di esporre compiutamente questa materia(2) Qui ci limiteremo ad accennare al criterio fondamentale adottato dalla legge. Nella determinazione della materia di commercio la legge (art. 3.4.6) non ha proceduto mediante una definizione sintetica di ciò che essa intende sia giuridicamente il commercio: e ciò sia per la difficoltà di dare una

---

(1) Meglio di tutti in questo senso Franchi Commentario al codice di commercio I n. 1, che definisce la materia di commercio come un complesso di elementi o stati di fatto „

(2) V. in seguito Libro I cap. III°

definizione giuridica del commercio, sia anche, perchè ormai, il diritto commerciale estende la sua autorità a parecchi rapporti, che d'indole commerciale, a parlare propriamente, non sono. Ad una determinazione sintetica del concetto di commercio, la legge ha perciò preferito una determinazione analitica degli atti che essa ritiene manifestazione dell'attività commerciale o di attività simili e da assimilarsi alla commerciale o, infine, di attività connesse all'una e alle altre.

La determinazione degli atti di commercio è fatta nell'art. 3, che ne enumera ventiquattro categorie (mentre il codice del 1865 ne enumera diciasette e il codice francese del 1808 tredici soltanto): nell'art 4, che ne contempla una venticinquesima, di carattere assai generale (atti che si presumono connessi coll'esercizio del commercio); e infine nell'art, 6 che aggiunge alle venticinque categorie di atti di commercio, già ricordate, altre due, una ventiseiesima e una ventisettesima (il conto corrente e l'assegno bancario aventi causa commerciale.) Se queste ventisette categorie rispondono ad un concetto d'insieme, e come possano classificarsi, vedremo nel seguito di questa esposizione.

II. Natura e caratteri del diritto commerciale. Sua posizione di fronte al diritto civile.

È ben naturale che la natura dei rapporti regolati dal diritto commerciale influisca sulla natura delle norme giuridiche che li regolano. Vedemmo che dal punto di vista sostanziale i rapporti sociali regolati dal diritto com-

mericiale hanno questo di caratteristico: che sono bensì rapporti fra privati; ossia appartengono come specie al più ampio genere dei rapporti privati, ma sono rapporti privati di una speciale categoria, aventi esigenze proprie e diverse da quelle delle altre categorie di rapporti privati. Egualmente dal punto di vista formale, le norme di diritto commerciale sono bensì norme di diritto privato; appartengono cioè come specie, al più ampio genere delle norme di diritto privato, ma sono norme di diritto privato di una speciale categoria, dirette a regolare speciali rapporti privati ed aventi perciò speciali caratteristiche. Nel campo del diritto privato dunque considerato come il complesso di tutte le norme regolanti i rapporti tra privati e privati, noi troviamo un complesso di norme costituenti, di per sè, un compiuto sistema, che regolano tutti in genere i rapporti tra privati a cui si è dato il nome di diritto civile (o diritto privato comune) e un complesso di norme, certo per numero assai meno importante, destinate a regolare una speciale categoria di rapporti tra privati: i rapporti derivanti dall'esercizio del commercio economico ed altri a questi affini ed assimilati a cui si è dato il nome di diritto commerciale. E corrispondentemente, per quel che riguarda il processo, ossia la realizzazione per opera dello Stato, degli interessi tutelati dal diritto (diritti subbiettivi) troviamo un complesso di norme regolanti la realizzazione giurisdizionale di tutti in genere i rapporti privati (diritto processuale civile, procedura civile) e talune norme speciali regolanti la realizzazione giurisdizionale dei rapporti commerciali ed assimilati (diritto processuale com-

merciale, procedura commerciale.)

Ora si domanda: quale è la natura: quali sono le particolari caratteristiche del diritto commerciale, materiale e processuale? Quale la sua posizione di fronte al diritto civile, materiale e processuale? Ecco il problema che dobbiamo qui brevemente discutere. È vero che la dottrina commercialistica si è per lungo tempo acquietata nella formula che il diritto commerciale è di fronte al civile, non un diritto eccezionale, ma un diritto speciale (1). Ma non ci vuol molto a

---

(1) Cfr. fra i tedeschi: Auschützundvon Völderndorff, Kommentar zum allg. deutschen Handelsgesetzbuch. 1867, 74, I pag. 11; Goldschmidt, Handbuch des Handelsgeserschts, Berlin u. Leipzig 1880-1896, p. 76, testo e nota 4; Staub. Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6ª e 7ª ed, 1899-1901, I pag. 5 annot. 13; fra gli italiani: Vidari, Corso di diritto commerciale 5ª ediz. I; num. 93 e segg; Marghieri. Il diritto comm. esposto sistematicamente 2ª ed. I, pag. 39: Franchi, nel Commentario del Vallardi, I° num. 3, Vivante. Trattato di diritto comm, I, 3ª ediz. 3. I francesi, pur non facendo la questione generale del carattere del diritto commerciale di fronte al civile, concordano nel ritenere il diritto civile come fonte sussidiaria di diritto commerciale, e quindi applicabile in materia commerciale, purchè sia però esaurita l'interpretazione della fonte principale: v. Massé. Ledroit commecial dans ses rapports avec le droit civil. 3ª ediz. Paris 1873, n. 1440-1442; Alauzet Commentaire du code de commerce, n. 7 e segg. Bra

osservare che con tale giro di parole il problema non è punto risolto. Che significa diritto speciale? Che differenza c'è tra diritto speciale e diritto eccezionale? Tanto più è leggittimo il dubbio, in quanto nei trattatisti della teorica del diritto obiettivo noi troviamo bensì parola di un diritto singolare, anomalo, eccezionale ma non di diritto speciale, se qualche volta a un diritto speciale si accenna, l'espressione è usata come sinonimo dell'altra: diritto singolare o eccezionale.(1) Nè l'art. 1 del codice di commercio, che vuol stabilire i rapporti fra diritto commerciale e civile, riesce allo scopo, ma finisce col sostituire incertezza ad incertezza. Sta bene che il diritto civile divenga fonte di diritto commerciale, o, meglio

---

vard-Veyrières et Demangeat Traité de droit commecial, II, pag. 402; Boistel, Cours de droit commercial, 4ª edizione, num. 24.

(1) Così Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893, pag. 126 e segg, parla di un Regelmassiges e di un Sonderrecht che corrisponde appunto al ius singulare dei romani (v. anche pag. 160). Egualmente Förster-Eccius, Preussischese Privatrecht, 7ª ediz. Berlin 1896, I pag. 76. Ihering. Geist d. römischen Rechts. 2ª ediz. II (Leipzig. 1875) pag. 337 chiama speciali in contrapposto alle singolari, quelle norme che non sono già deviazioni locali, da un principio in sè generale, ma per la loro natura sono necessariamente locali e che non contengono alcuna deviazione da qualche cosa di generale, rispetto ad esse non essendovi nulla di generale. Questo concetto però non ci sembra

entri in funzione di diritto commerciale, quando la legge commerciale e la consuetudine commerciale non dispongano. Ma questo presupposto che la legge stessa fa di lacune nel sistema del diritto commerciale propriamente detto, scritto e consuetudinario, lacune da colmarsi col diritto civile, non significa che questo sistema non è compiuto, non basta a se stesso, si trova di fronte al diritto civile in una certa posizione di accessorietà e di subordinazione, che occorre ancora determinare con precisione?

---

possa essere utilizzato per determinare il carattere del diritto commerciale obiettivo: i rapporti che questo regola sono bensì derivanti dall'esercizio del commercio, ma sono anche, ed anzi tutto, rapporti privati, al pari di quelli regolati dal diritto civile: quindi il diritto commerciale non potrebbe chiamarsi un diritto speciale, nel senso di Jhering, perchè le norme che lo costituiscono non sono affatto di loro natura necessariamente locali, potendosi benissimo immaginare ed essendosi storicamente verificato (p. es. nel diritto romano) il caso che i rapporti commerciali siano regolati da norme comuni ai rapporti civili. Tanto poco poi rispetto al diritto commerciale manca qualchecosa di generale di cui esso possa essere la derivazione, che il diritto commerciale presuppone tutto il diritto civile delle obbligazioni di cui si presenta spesso, anche formalmente, in veste di deroga od eccezione (cfr. per es. art. 42, 43, 44 cod. comm.) Del resto critiche possono essere fatte alla stessa concezione di Jhering, secondo la quale non vi sarebbe norma che non potesse dirsi speciale: non solo le singole parti del diritto civile, diritto del-

Posto così appena il problema appare chiara la necessità di affrontarlo da un punto di vista generale: rinviandone, come si fa di solito, la soluzione alle singole materie nelle quali il principio generale deve trovare applicazione: si corre rischio che la esatta determinazione del principio sia pregiudicata dalle esigenze particolari delle singole controversie e dai particolari punti di vista degli scrittori che se ne occupano. Analizzando il complesso di norme costituenti il diritto commerciale obiettivo, noi vediamo che la particolare disciplina giuridica di rapporti commerciali vi è attuata in due modi:

1º con norme che sono sviluppo e derivazione di norme e principi del diritto civile, la cui ulteriore esplicazione è determinata, per occasione dalle esigen-

---

le obbligazioni, diritto delle successioni, diritto di famiglia, diritto delle cose sarebbero diritto speciale, ma lo stesso intero diritto privato lo sarebbe in quanto, regolando esso soltanto i rapporti fra privati, sarebbe di sua natura necessariamente locale e non conterebbe alcuna deviazione da qualche cosa di generale. Il nome di diritto generale dovrebbe essere riservato a tutto il complesso sistematico del diritto che regola tutti i rapporti umani. Il diritto speciale di Jhering, in realtà è esso stesso diritto generale appunto perchè rispetto ad esso non vi è nulla di generale; e la sua contrapposizione al jus singulare non ha valore, diverso, in fondo, di quello della contrapposizione consueta tra diritto normale e

re del commercio [1]

2° con norme del tutto nuove, diverse dalle corrispondenti norme del diritto civile, ad esse anzi, qualche volta, espressamente contradditorie [2]

Riguardo alla prima categoria di norme non vi è, in sostanza, una disciplina giuridica particolare pei rapporti commerciali: per l'art. 3 delle disp. prel. al cod. civ. esse potrebbero desumersi per via di interpretazione dai principi del diritto civile, anche senza una espressa disposizione legislativa; diritto civile e diritto commerciale sotto questo aspetto coincidono. Riguardo invece alla seconda categoria di norme, la situazione è ben diversa: queste non coesistono con norme e principii del diritto civile, ma sostituiscono, per la materia commerciale, norme e prin

---

diritto eccezionale.

(1) Così ad es. la norma dell'art. 36. cod comm. derivante dall'articolo. 1104 cod. civ. in quanto questo già richiede per l'esistenza del contratto il consenso dei contraenti cioè l'incontro delle due volontà sullo stesso soggetto; quella dell'art. 28 derivata dall'articolo. 1329. quella dell'art. 79 derivata dall'articolo 1725 ecc.

(2) Così ad esempio gli art. 11, 14, 16, 19, 40, 41, 42, 43, 44, 58, 59, 60 cod. comm. ecc. Gli esempi si potrebbero moltiplicare, quasi tutto il codice di commercio, essendo una deroga a disposizione del codice civile.

cipii di diritto civile.(1) Sotto questo aspetto dunque, che il diritto civile regola tutti in genere i rapporti privati, mentre il diritto commerciale ne regola solo alcune categorie, dato che le norme del diritto commerciale costituiscono, almeno in gran parte altrettante deroghe a norme del diritto civile, il carattere del

(1) La bipartizione delle norme del diritto commerciale fatta nel testo (che è accennata benissimo anche dal Simoncelli, Lezioni di procedura civile, anno 1902-03 [lit], pag. 90) è pure avvalorata dalla considerazione seguente. Il diritto civile, essendo il diritto comune dei rapporti privati, contiene una completa disciplina giuridica di tutti i rapporti privati: in esso non possono considerarsi lacune, le apparenti lacune dovendo colmarsi colla analogia e coi principi generali (cfr. art. 3 disp. prel. Regelsberger, Pandekten, pag. 156; Crome System d. deutschenbürg.-Rechts, I, Tubingen u. Leipzig 1900, pag. 106; Filomusi Guelfi Enciclopedia giuridica, Napoli 1904, pag. 141, nota 1). Anche i rapporti commerciali dunque, che sono anzi tutto rapporti privati dovrebbero trovare, ove mancasse un diritto particolare, la loro completa disciplina giuridica nel sistema del diritto civile. La particolare disciplina del diritto commerciale in quanto appunto è particolare, cioè diversa da quella che gli stessi rapporti troverebbero nel diritto civile, deve quindi di necessità risultare da norme che costituiscono principii e norme del diritto civile, e che regolando

diritto commerciale di fronte al diritto civile di ius singulare, stabilito « propter aliquam utilitatem »[1] cioè per le esigenze speciali del commercio ci sembra non possa porsi seriamente in contestazione. Si tratta dunque proprio di un diritto singolare, eccezionale, anomalo che dir si voglia. La qualificazione di diritto specia

---

un minor numero di rapporti sono appunto norme, rispetto ad essi eccezionali. È poi anche possibile che nel diritto commerciale siano ripetute norme già contenute nel sistema del diritto civile; ma oltre queste due ipotesi nessuna altra è possibile.

(1) Che al pari del diritto singolare, anche il diritto comune anormale abbia per base una utilitas, salvo che per il primo l'utilitas è speciale, è ormai ammesso da tutta la dottrina recente (cfr Ferrini, Pandette, Milano 1900, pag. 16 e segg. Fadda, e Bensa, Note alle Pandette del Windscheid, I pag. 140 e 141; Windscheid. Pandette § 29, nota 1; Regelsberger, Pandekten, pag. 126 e 127; Forster-Eccius, Preuss Privatrecht I pag. 76) Non possiamo accettare però come buona la osservazione comune che l'essenza del diritto singolare che sta nell'essere in antitesi coi principii generali del sistema (contrarationem iuris); v. in questo senso Ferrini, Pandette, pag. 16 e specialmente pag. 18 in fine e 19; Ihering, Geist, II p. 337; Windscheid Pand, § 26 in princ. e anche Savigny, System I pag 61. Come osserveremo più oltre, la singolarità di una norma non esprime che un rapporto di eccezione a

le, a cui si suole ricorrere per evitare alcuni creduti in-
convenienti di quelle denominazioni, o non dice nulla,
o dice, in sostanza, precisamente lo stesso. Non solo
ogni norma che regola uno speciale rapporto, ma ogni
ramo del diritto che regola una speciale categoria o
ordine di rapporti (così il diritto civile, il diritto am-
ministrativo, il diritto penale, ecc). è in un certo sen-
so, _diritto speciale_; sotto questo punto di vista, _diritto
generale_, regolante cioè non _una parte_, ma _tutti_ i
rapporti umani, non può chiamarsi che _tutto il comples-
so sistematico_ del diritto. Qualificando di _speciale_, in
questo senso, il diritto commerciale, non gli si attribui-

---

regola in cui essa si trova con un'altra norma, ed egual-
mente. un _rapporto_ di _regola_ ad _eccezione_ esprime il con-
cetto della _regolarità o normalità_ di una norma: si trat-
ta dunque di una relazione che può intercedere fra due
norme qualunque contenute nel sistema del diritto, non
già necessariamente, di una relazione di una norma e i
principii generali del sistema. Contro il concetto qui com-
battuto v. anche _Regelsberger_, _Pand._, pag. 127; _Keller_, _Pan-
dekten_, § 7. È vero però d'altro canto, come osserva an-
che il _Ferrini_, _Pandette_ pag. 18, che l'essenza del _ius
singulare_ non sta neppure nella sua ristretta applicabi-
lità a date categorie di persone di cose o di rapporti,
essendovi anche norme di _ius commune_, la cui applica-
zione si restringe a determinate categorie di persone
di cose e di rapporti. Egli è che _l'assoluta relatività_ dei

sce alcuna caratteristica particolare in confronto agli altri rami del diritto (civile, penale, amministrativo, processuale, ecc). che sono tutti, sotto tale aspetto, al pari di lui speciali; si determina, cioè la sua posizione di fronte al sistema generale del diritto, non già come pur si voleva di fronte al diritto civile. Se poi consideriamo una norma o un complesso di norme non più in sè, e nella sua posizione nel sistema generale del diritto, ma di fronte ad un'altra norma

---

concetti di ius singulare e di ius commune, per cui una stessa norma può essere ius singulare di fronte a norma, e ius commune di fronte ad un'altra, (cfr. Windscheid, Pand §23, nota 2) vieta che l'antitesi fra l'una e l'altra possa essere posta diversamente che così: quando una determinata categoria di fatti o rapporti é regolata da due norme diverse, l'una delle quali ne disciplina il maggior numero, e l'altra il minore numero, quella che regola alcuni determinati fatti o rapporti della categoria si chiama di diritto singolare; quella che disciplina tutti gli altri in genere, si dice di diritto comune. L'importanza pratica dell'antitesi sta tutta in ciò che la norma regolante alcuni determinati fatti o rapporti della categoria non si può estendere al di là di essi: gli altri fatti o rapporti essendo tutti regolati dalla norma generale. A un concetto analogo a quello qui affermato sembra accennare il Windscheid quando scrive (Pand §29): « L'applicazione più importante del diritto eccezionale sta

o ad un altro complesso di norme, non può darsi che uno di questi due casi: o si tratta di norme parallele, che non hanno fra loro nessun contatto e quindi nessun rapporto: o, se contatto vi è tra esse, non potendo questo dipendere se non da ciò che ambedue disciplinano, in modo diverso, rapporti della stessa natura, deve di necessità una di esse rappresentare la regola, e l'altra l'eccezione: e precisamente la regola sarà contenuta nella norma che disciplina il maggior numero di rapporti di quella natura; l'eccezione in quella che ne disciplina il minor numero. Quest'ultima si può se si vuole chiamare norma speciale di fronte alla prima che comprendendo maggior numero di casi è, certo, più generale; ma speciale, in questo caso, non significa se non eccezionale. Il concetto di diritto singolare, o eccezionale è infatti tutto relativo: esso esprime semplicemente il rapporto di una norma di fronte ad un'altra norma. Perchè vi sia ius singulare occorre:

1° una norma generale, regolante più rapporti o un intero ordine di rapporti, dettata da esigenze

---

in ciò, che con esso si stabilisce, per una certa classe di persone, o cose, o rapporti giuridici, alcun chè non avente vigore rispetto alle altre persone o cose o rapporti giuridici simili »: v. anche Crome System I°, pag. 94, sub. 2 e in Italia, Carnelutti nella Rivista di diritto commerciale 1904,

comuni a tutti questi rapporti;

2° una norma particolare, diversa dalla generale, regolante uno od alcuni determinati rapporti della categoria di quelli regolati dalla norma generale e dettati da esigenze ad essi particolari.

In sostanza, la qualifica di diritto singolare non esprime che un rapporto di eccezione a regola, in cui una norma comprendente uno o più determinati rapporti che fanno parte di una categoria più generale, si trova colla norma generale comprendente tutti gli altri rapporti di quella categoria. Adunque, diritto speciale, diritto singolare, diritto eccezionale, non sono che una sola e medesima cosa.

Ciò posto, è evidente che il diritto commerciale, di fronte al diritto civile è appunto un diritto eccezionale o singolare, o, anche, se vuolsi, speciale, ma nel senso appunto di diritto eccezionale.

Abbiamo detto, di fronte al diritto civile. Perchè se noi consideriamo le norme di diritto commerciale, non già nei loro rapporti con quelle del diritto civile, ma nei loro rapporti interni, la cosa cambia totalmente. La qualità di norma di diritto comune o di diritto eccezionale, esprimendo, come si è visto, solo un rapporto fra due norme, è chiaro che se noi consideriamo una norma di diritto commerciale, non già di fronte alle norme di diritto civi-

---

I, 203, 205.-

le, ma di fronte ad un'altra norma pure di diritto commerciale, può darsi benissimo che una si presenti come regola, e l'altra come eccezione. Allorchè un complesso di rapporti particolari determina la formazione di un intero complesso di norme speciali, questo complesso di norme costituisce, certo un diritto singolare di fronte al diritto comune che regola la più ampia categoria di rapporti, in cui quelli di cui si tratta sono compresi, ma nel seno del complesso di norme speciali, si determinano alla loro volta, altri rapporti di eccezione a regola. Una norma, osserva giustamente il Windscheid[1] che è particolare rispetto ad un'altra, può avere sotto di sè una alla sua volta particolare, rispetto alla quale essa sia di diritto comune. Ciò è importante, come vedremo in seguito, per il problema dell'ammissibilità dell'estensione analogica in materia commerciale, in quanto implica che se è impossibile estendere per analogia una norma di diritto commerciale ai rapporti puramente civili, è d'altro canto possibilissimo estendere per analogia una norma di diritto commerciale da un rapporto commerciale regolato a uno non regolato.[2]

Questa particolare natura del diritto commerciale e la sua speciale posizione di fronte al diritto civile. spiegano come esso sia un diritto eminentemente fram-

---

(1) Pandette, trad. Fadda e Bensa I §23, nota 2.

(2) V. in seguito. Libro I, cap. 2°.

mentario. Il diritto commerciale non forma un compiuto sistema giuridico, che possa stare a sè, ma un complesso di norme che lasciano, nella disciplina giuridica dei rapporti ad esse soggetti, una quantità di lacune. Come debbono colmarsi tali lacune? È questo un problema che risolveremo a suo luogo. Fin d'ora intanto possiamo affermare che, dove manca la norma eccezionale di diritto commerciale, subentra per logica necessità la norma di diritto comune, ossia la norma ordinaria del diritto civile. Ciò appunto dispone espressamente l'art 1° del codice di commercio:

« In materia commerciale si applicano le leggi commerciali: ove queste non dispongano si osservano gli usi mercantili ..... in mancanza si applica il diritto civile ». Ma questa norma, anche senza testo positivo di legge, si sarebbe desunta egualmente dai rapporti esistenti tra diritto commerciale obiettivo e diritto obiettivo civile. I rapporti commerciali sono, prima che commerciali, rapporti privati; quindi venendo meno la norma stabilita per la loro speciale natura di commerciali, soddisfatte cioè le esigenze della loro speciale natura, è logico si applichi ad essi il diritto comune o generale. Dove vien meno la norma di diritto singolare, rientra in vigore quella di diritto comune. L'art. 1 dunque non fa che confermare ancora una volta il carattere eccezionale del diritto commerciale di fronte al diritto civile. Il principio ivi affermato che in mancanza di una disposizione di diritto commerciale scritto e consuetudinario si deb

ba ricorrere al diritto civile, non ammette diversa conclusione. In un sistema di norme di diritto comune, esaurita l'interpretazione grammaticale e logica, le lacune che possono restare col sistema vanno colmate prima coll'analogia, poi coi principi generali del sistema, e infine coi principii generali di tutto il diritto positivo (art 3 disp. prel.) Quando invece dai principii generali del sistema non si passa ai principii generali di tutto il diritto positivo, come porterebbe il processo di generalizzazione prescritto nell'art. 3, ma alle norme di un altro sistema, ciò significa che queste norme regolano, oltre i rapporti compresi nel sistema di cui fanno parte, anche i rapporti compresi nell'altro sistema, in quanto non vi siano norme speciali per questi ultimi: esse in altri termini costituiscono il diritto comune di tutto il complesso dei rapporti compresi nei due sistemi, mentre le norme dell'altro sistema costituiscono un diritto singolare per una parte sola di questi rapporti.-[1]

---

(1) L'opinione sostenuta nel testo che il diritto commerciale sia diritto eccezionale di fronte al diritto civile, fu messa innanzi da Rocco nello scritto: Intorno al carattere del diritto commerciale e ai suoi rapporti col diritto civile, nei volumi in onore di V. Scialoia, I, pag. 549 e segg. Nello stesso senso si sono pronunciati in seguito: A. Scialoia, Le fonti del diritto commerciale, Perugia 1907, pag. 62.63; Navarrini, Trattato elementare di diritto commerciale. Torino 1911, I pag. 22.

---

§4. La questione dell'autonomia del diritto commerciale. —

L'allargarsi sempre maggiore della sfera d'azione del diritto commerciale, il quale, dopo aver incominciato a regolare i rapporti per affari di commercio fra gli ascritti alla corporazione, estese a poco a poco la sua autorità fino a regolare, come è oggi, non soltanto certi atti ritenuti commerciali, da chiunque e con qualunque scopo posti in essere (art. 3), ma anche gli atti civili di chiunque abbia contratto con un commerciante (art 54), ha persuaso alcuni autorevoli scrittori a negare la necessità ed opportunità di un diritto speciale al commercio, e a sostenere invece la necessità di fondere il diritto commerciale col diritto civile delle obbligazioni, in un codice unico delle obbligazioni. —

Il movimento a favore del codice unico delle obbligazioni, iniziato nel 1888 dal Vivante in una brillante e geniale prolusione, andò man mano acquistandosi nuovo favore. Vi aderirono: il Bolaffio, lo Sraffa, il Bruschettini. Lo combatterono invece il Manara, il Vidari, e il Sacerdotti.[1]

---

(1) Vivante, Per un codice unico delle obbligazioni, Arch. giur. XXXIX (1888) pag. 407 e segg. Ancora per un codice unico delle obbligazioni. Riv. ital. per le scienze giur. XIII pag. 378 e segg. Trattato di dir. di comm. 3ª ed. §1; Bolaffio, Per un codice unico delle obbligazioni, Venezia 1889: Sraffa, La lotta com-

L'osservazione fondamentale da cui partono i fautori del codice unico delle obbligazioni è la seguente: Lo svolgimento storico del diritto commerciale e lo studio delle sue attuali condizioni provano che nel fatto il diritto commerciale oggidì non regola più soltanto il fenomeno sociale del commercio, ma si è trasformato in diritto comune, il quale regola commercianti e non commercianti, atti di commercio ed atti che di commercio hanno solo il nome, ma effettivamente sono atti della vita civile. Oggi non solo l'industria commerciale propriamente detta, ma altre industrie ancora: specialmente quella manifatturiera, quando sia esercitata a forma d'impresa, le industrie assicuratrici, edilizie, bancarie, hanno nel codice di commercio una disciplina giuridica più adatta alla loro natura e alle loro funzioni. Oggi sono regolati dal codice di commercio anche atti modesti ed isolati della vita domestica ed agricola. Basta leggere l'enumerazione degli atti di commercio contenuta nell'art 3 del cod. di commer-

---

merciale, Pisa 1894; Manara, Contro un codice unico delle obbligazioni nella Giur. it. 1892; Vidari, Contro un codice unico delle obbligazioni, appendice al vol I del corso di diritto Comm. 5ª ed; Sacerdoti, Contro un codice unico delle obbligazioni, Padova 1890. V. inoltre: Cohn, Drei Rechtswissenschaftliche Vorträge 1888; Riesser, Der Einfluss handelsrechtlicher Ideen auf den Entwurf eines bürg. Gesetzbuchs, Stuttgart 1894.

cio per convincesene: il padre di famiglia che impie-
ga i suoi risparmi per acquistare una quota od azio-
ne di società commerciale, o la rivende per sopperire ai
suoi bisogni domestici fa atto di commercio: (art 3
n.° 5); il colono che per difetto di granai deposita il
suo grano nei magazzini generali fa atto di commer-
cio (art. 3 num. 12); chi spedisce per mare i propri
bagagli o le proprie masserizie fa atto di commercio (art
3 n.° 18). Che più? Basta aver contratto con un com-
merciante (art. 54) per essere sottoposti all'impero del
codice di commercio. Sicchè - conclude efficacemente il
Vivante - « dalla nascita alla tomba, pel corteo bat-
tesimale, per la festa di nozze, per le onoranze dei
morti, è sempre il codice di commercio che ormai go-
verna l'atto del cittadino che contrae con un'impresa
mercantile ».

Oltre a questa ragione fondamentale si ad-
ducono altre considerazioni di ordine pratico contro la
separazione del diritto commerciale dal diritto civile.

a) Siccome il codice di commercio contiene
le norme che il commercio si è venuto creando per pro-
teggere i proprii interessi, il diritto commerciale costi-
tuisce una vera legislazione di classe, nella quale
gli interessi dei produttori sono favoriti a danno
dei consumatori. Alla compilazione del codice di
commercio furono chiamati gli industriali, i ban-
chieri, gli assicuratori, le Camere di commercio, tu-
trici e rappresentanti del grande commercio, gli uo-

mini che nella professione e nell'insegnamento erano abituati a difenderere gli interessi: ed è naturale che ne venisse fuori una legislazione che subordina l'interesse di tutti i cittadini a quello dei commercianti. Così per dare qualche esempio, i titoli al portatore scomparsi vanno a beneficio dell'Istituto emittente, che rimane liberato dall'obbligo di rimborsarli (art. 57). Nessuna garanzia è concessa a coloro che depositano i loro risparmi nelle banche: nessuna ai portatori di obbligazioni delle società commerciali, nessuna agli assicurati che affidano centinaia di milioni alle compagnie assicuratrici. Il commerciante che vende merci difettose è liberato da ogni responsabilità, se il cliente non protesta entro due giorni (art. 70); la compagnia di navigazione può liberarsi da ogni responsabilità per i fatti del capitano e dell'equipaggio, abbandonando la nave (art 491). Le prescrizioni hanno un termine breve, di pochi mesi, quando colpiscono i diritti dei consumatori e, con ingiustificata disuguaglianza, lasciano dieci anni alle imprese commerciali per fare valere i proprii. E così si potrebbero moltiplicare gli esempi.

b) La coesistenza dei due codici nuoce all'economia dei giudizi ed alla certezza del diritto. Un gran numero di controversie con immenso spreco di tempo e di danaro, si agita quotidianamente nel foro sulla questione preliminare del carattere civile e commerciale della causa. Di più la facoltà lasciata dalla legge ai magistrati di attribuire il ca-

rattere commerciale ad atti che non figurano nella serie dimostrativa degli atti di commercio è causa di incertezze nella applicazione del dir. commerciale.

c) Infine anche dal punto di vista scientifico si afferma il danno della separazione: la deficenza di regole generali nel codice di commercio proviene appunto dall'autonomia del diritto commerciale: i cultori di questa scienza non comprendendo che i capisaldi ed i presupposti degli istituti giuridici regolati dal codice di commercio si trovano nel codice civile, trascurano di studiare il diritto civile e il diritto commerciale come una scienza sola: essi trascurano l'opera lenta e paziente del giureconsulto che tenta di far rientrare le nuove manifestazioni della vita sociale sotto le regole vecchie e solo cede di fronte all'evidente necessità di una regola nuova: onde si sente, ad ogni piè sospinto, dagli scrittori di diritto commerciale, parlare di eccezioni al diritto comune, di contratti sui generis, di istituti d'indole singolare ed anomala.

Non tutte queste ragioni che si adducono contro la necessità di un diritto commerciale autonomo hanno lo stesso valore. Nulla prova, ad esempio, contro l'autonomia del diritto commerciale, l'osservazione che il codice di commercio, benchè ormai regoli l'attività dei commercianti e dei non commercianti, è un codice di classe, perchè elaborato dai

commercianti, e pieno di disposizioni favorevoli agli interessi dei commercianti contro i non commercianti. Anzitutto se, finora, nella elaborazione dei codici di commercio, hanno esercitata influenza preponderante le rappresentanze degli interessi dei commercianti, ciò non significa punto che questa soverchiante preponderanza sia dovuta all'esistenza di un diritto commerciale autonomo: e meno ancora che essa non si sarebbe fatta sentire, se non vi fosse stato un codice di commercio. Ogni classe sociale che ha interessi comuni da far valere, e mezzi sufficenti per farli valere, esercita, nella formazione della legislazione, quell'influenza che è richiesta, dall'importanza degli interessi in giuoco e che è permessa dalla forza di pressione che essa può esercitare, sia sull'opione pubblica, sia sopra i poteri dello Stato. Nulla di più normale, diremo meglio, nulla di più inevitabile di ciò, che è una pura e semplice conseguenza del principio edonistico, vero così per gli individui singoli, come per le singole classi sociali. Ora se finora, la classe dei commercianti ha esercitato, a proprio vantaggio, una preponderante influenza nella formazione del nostro diritto commerciale, ciò si è dovuto al fatto che quella classe era la meglio organizzata, la più potente, quella che aveva più rilevanti interessi da far valere. Questa influenza essa l'avrebbe fatta valere ugualmente, se il diritto commerciale fosse stato fuso col diritto civile in un unico codi

ce: perché quella influenza si esercita necessariamente dovunque gli interessi della classe sono in giuoco. Si esercita, ad esempio, nelle stipulazioni dei trattati di commercio, per ottenere tariffe doganali favorevoli. Il prevalere degli interessi delle classi più potenti e meglio organizzate è un fenomeno sociale necessario: che dipende da ben altre e più complesse cause che non l'esistenza di un codice autonomo per certi determinati rapporti sociali. Le classi più umili dei consumatori troveranno una tutela efficace dei loro interessi nella organizzazione, nella più attiva partecipazione alla vita pubblica, non già nella fusione del codice di commercio col codice civile. Senza la necessaria controspinta che esse debbono esercitare sui pubblici poteri, rischieranno di vedere di nuovo, nel futuro codice unico, sacrificati i lori interessi a quelli dei produttori più potenti e meglio organizzati.

Nemmeno decisivo è l'argomento tratto dall'incertezza a cui dà luogo, nell'applicazione del diritto commerciale, la questione preliminare dei limiti fra materia civile e materia commerciale. Ogni momento, nell'applicazione del diritto, si fa questione di limiti. o meglio, tutta l'applicazione del diritto è questione di limiti. Non solo nell'applicazione del diritto commerciale sorge la questione: siamo qui di fronte ad un rapporto a cui è applicabile la norma di diritto commerciale? ma questioni analoghe sorgono nell'applicazione del diritto civile, del diritto amministrotivo, del di

ritto penale. Ogni momento capita di doversi domandare ad es: se si è di fronte ad un fatto illecito civile o ad un reato, ad un atto della pubblica amministrazione violante un vero diritto privato o pubblico, oppure un semplice interesse; e nel campo stesso del diritto civile, se si è di fronte ad un contratto di società, o di mandato o di locazione di opera. Sopprimere le questioni di limiti nel diritto non è possibile senza sopprimere il diritto.

Nemmeno infine sono argomento decisivo le manchevolezze scientifiche a cui ha dato luogo la separazione dei due codici. Esse sono dovute più che all'esistenza di un codice di commercio, alla deficente coltura di qualche scrittore di diritto commerciale e alla imperfetta conoscenza del metodo. Tanto ciò è vero che anche sotto l'impero del vigente codice di commercio, la letteratura giuridica italiana si è arricchita parecchie pregevoli pubblicazioni, in cui la coordinazione scientifica tra diritto civile e commerciale è fatta con metodo eccellente e con ottimi risultati.

L'argomento veramente rilevante è dunque quello che il diritto commerciale, oggidì, nel fatto, regola molti rapporti che possono essere perfettamente estranei al commercio", quando si pensi alla profonda omogeneità della nostra costituzione sociale, dove varie classi dei cittadini s'incontrano e s'intrecciano, travaglian

do insieme nella lotta per l'esistenza [1]"

Questo è per noi, il vero nodo della questione, sulla quale dobbiamo osservare, anzitutto, che essa va spogliata dal soverchio formalismo, con cui la si suole porre e trattare comunemente. Si contende di solito sulla necessità ed oppurtunità di sostituire all'attuale codice di commercio un codice unico delle obbligazioni civili e commerciali. Ora, che le norme concernenti il commercio e quelle concernenti la vita civile siano contenute in un codice o in due codici, non è cosa di grande importanza dal punto di vista scientifico: il diritto commerciale potrebbe restare un diritto autonomo e, quindi, la scienza del diritto commerciale, una scienza giuridica autonoma, quando anche le norme del diritto commerciale fossero contenute in un codice unico, insieme con quelle del diritto civile delle obbligazioni. Quello che invece occorre domandarsi, per scendere alla sostanza delle cose è, se, nell'ambito dei rapporti economico-privati, vi sia una categoria di rapporti (quelli derivanti dall'industria commerciale, ed altri che hanno l'esigenza di una identica o simile regolamentazione giuridica), i quali abbisognano di una disciplina giuridica speciale e, se non in tutto, in gran parte diversa da quella dei restanti rapporti economico-privati. Posta in questi termini la questione essa non può risolversi che mediante una accurata analisi, fatta secon-

---

(1) Vivante. Trattato I, pag. 11.

do i dati dell'esperienza, della costituzione odierna dei rapporti economico-privati e delle esigenze che essi pongono al diritto. Bisogna dunque vedere:

1º quale sia la struttura della industria commerciale propriamente detta e quali siano le esigenze che essa pone al diritto, le quali determinarono la formazione di un diritto speciale al commercio:

2º se, oggidì, la uniformità della vita economica sia giunta a tal grado che le esigenze una volta proprie dell'industria commerciale siano ormai diventate comuni a tutti i rapporti economici privati.

1º L'analisi, anche superficiale, del fenomeno economico del commercio, ci dirà che cosa chiede l'industria commerciale alla legislazione per potersi convenientemente sviluppare: vale dire quali caratteristiche deve avere un ordinamento giuridico che voglia favorire lo sviluppo del commercio.

Lo studio della vita economica di qualunque popolo progredito, ci mostra l'esistenza di una categoria numerosa di persone, che si fanno intermediari degli scambi. Ora, a questa categoria di persone la quale acquista beni e servizi non per sè, ma per porli a disposizione di chi ne ha bisogno, non i prodotti diretti del proprio lavoro, ma i prodotti del lavoro altrui, sono necessarie, per la esplicazione della sua funzione economica, la possibilità di una rapida e spedita conclusione degli affari e la massima facilità del credito. È necessaria la rapida conclusione degli affari, perchè

solo a questo patto è possibile la ricerca e l'acquisto dei prodotti e dei servigi e il loro collocamento nei luoghi dove vi è bisogno di essi; ossia, solo a questo patto riesce proficuo l'esercizio della loro funzione intermediaria fra chi produce e chi consuma. È necessaria la facilità del credito, perchè è necessario il credito a chi non acquista per sè, ma per gli altri, e in tanto acquista in quanto conta di collocare, a suo tempo, e nei luoghi opportuni, i prodotti acquistati. Da ciò deriva che l'industria commerciale richiede al diritto, per potersi esplicare e sviluppare:

a) la maggiore semplicità di forme nella manifestazione della volontà privata diretta alla costituzione dei rapporti giuridici;

b) la più efficace tutela del credito.

Ora il diritto commerciale come diritto speciale al commercio sorse e si sviluppò appunto perchè il diritto comune non offriva nè semplicità di forme nè tutela efficace del credito. E non l'offriva perchè nè dell'una, nè dell'altra cosa avevano bisogno i rapporti economici privati, i quali per le condizioni economiche e sociali dell'epoca, si differenziavano completamente dai rapporti commerciali, sotto questo riguardo. La scarsissima cultura delle popolazioni, la poca autorità dello Stato, la cui azione a tutela del diritto era poco efficace, la minima importanza della fortuna mobiliare e la stragrande importanza di quella immobiliare, rendevano necessarie, per la massima

parte della popolazione, forme solenni per la conclusio ne di contratti. La solennità delle forme assicurava la verità e sincerità della manifestazione del consenso; evitava litigi ed accertava lo stato della proprietà immobiliare specie di fronte ai terzi, in modo certo ed indiscutibile. Del credito poi, all'infuori dei rapporti commerciali, era poco o punto sentito il bisogno; e del resto lo sviluppo del credito trovava un ostacolo insormontabile nelle idee religiose e nei divieti canonistici alla stipulazione degli interessi.

2º Che questa condizione di cose si sia andata, nel corso dei secoli, lentamente modificando, e che la struttura odierna dei rapporti economo-privati sia profondamente diversa, non è possibile negare. Rafforzatasi l'autorità dello Stato, organizzata saldamente l'amministrazione della giustizia, sviluppatasi la proprietà mobiliare, la necessità di forme solenni per la manifestazione della volontà privata, è certo grandemente diminuita in tutto, in genere, il campo dei rapporti economici. D'altro canto, la terra non è oggi più l'unica fonte della ricchezza ed anch'essa comincia ad essere coltivata con procedimenti tecnici, che richiedono ingenti e continue anticipazioni di capitali. Altre industrie si sono sviluppate, oltre la commerciale, anch'esse, come l'industria commerciale, bisognose di credito. Migliorate le comunicazioni, diminuito il prezzo del danaro, il credito si è enormemente diffuso. Anche all'infuori del commer-

cio vi è nella vita economica odierna, bisogno di credito, e quindi di una efficace tutela del credito.

Questo progressivo svolgimento della vita economica, per cui nuove categorie di rapporti economico-privati sono andate sviluppandosi, con le stesse esigenze dei rapporti dell'industria commerciale, spiega benissimo il progressivo allargarsi della sfera d'azione del diritto commerciale. Il diritto commerciale offriva, già formato, un complesso di norme singolarmente adatte a favorire la circolazione dei beni e lo sviluppo del credito, è ben naturale che a si rivolgesse ad esso quando si trattò di disciplinare nuove forme di attività economica, dominate dalle identiche esigenze che avevano determinata la formazione del diritto commerciale.

Ma - e il nodo del problema sta tutto qui - queste nuove serie di rapporti economico-privati esauriscono esse il campo dei rapporti economico-privati? O almeno ne costituiscono esse la maggioranza, in modo da capovolgere il rapporto in cui le norme di diritto commerciale stanno con quelle di diritto civile, e da far considerare il diritto commerciale come il diritto comune dei diritti privati, e il diritto civile come il diritto particolare di alcune categorie di tali rapporti?

A queste domande l'analisi dei fatti ci impone di rispondere negativamente. Lo studio della vita economica ci mostra invero che la serie dei rappor-

ti economici che possono assimilarsi ai commerciali nelle esigenze della disciplina giuridica, costituiscono, pur sempre, *singole categorie* di rapporti privati. Esigenze simili a quelle dei rapporti commerciali hanno, nel campo della produzione, i rapporti *della grande industria manifatturiera*; la quale pure, sebbene non in egual misura, dell'industria commerciale, implica rapida e facile circolazione dei beni e uso relativamente largo del credito personale. Ma non altrettanto può dirsi della *piccola industria*. Che anzi nel campo appunto della piccola industria non solo manifatturiera, ma anche commerciale, le norme del codice di commercio si sono mostrate inadatte alle aziende minori. Così è sembrato grave ed inutile l'obbligo della tenuta dei libri, si è rilevata ingombrante e troppo severa la procedura di fallimento, e una legge recente (25 maggio 1903 sul *concordato preventivo e i piccoli fallimenti*) ha provveduto in parte a sottrarre alle norme troppe rigorose del codice di commercio le piccole imprese commerciali. Ma sempre nell'ambito della produzione, assai diverse dalle esigenze dell'industria commerciale sono quelle dell'*industria agraria*. Non parliamo delle piccole imprese, per cui deve ripetersi, a più forte ragione, ciò che si è detto delle piccole imprese commerciali e industriali. Ma nel campo stesso della grande industria, che pure presenta, nei suoi atteggiamenti, talune innegabili somiglianze con la organizzazione della

grande impresa commerciale e manifatturiera, le esigenze dell'industria agricola non sono affatto identiche a quelle dell'industria commerciale. Una rapida circolazione della ricchezza non è necessaria, anzi è impossibile nell'industria agricola, che si svolge lentamente a lunghi periodi prestabiliti: anche il credito, la cui necessità è sentita dall'industria agraria, ha carattere e forme sue proprie: è credito prevalentemente reale, e sopratutto è credito a lunga scadenza.

Se poi usciamo dal campo della produzione, la distinzione si fa ancora più profonda. I rapporti economico-privati non appartenenti alla produzione e non connessi con la produzione, hanno natura ed esigenze sostanzialmente diverse da quelli della produzione in genere e in specie dell'industria commerciale. Sono rapporti connessi con istituzioni tradizionali, che interessano la costituzione politica dello Stato, come la famiglia, la proprietà, il sistema successorio; oppure sono rapporti inerenti allo scambio non produttivo, in cui non è necessaria alcuna speciale semplificazione di forme giuridiche, ed è più che inutile, inopportuna, ogni agevolazione fatta al credito, che essendo credito improduttivo o di consumo, è causa di danni e di pericoli non pochi. Tanto che, in un sistema, come il nostro, il quale consente di adoperare la cambiale per ogni specie di operazione di credito, più voci si sono levate per lamentare che la cambiale, di sua natura strumento di credito produttivo, anzi

propriamente di credito commerciale, venga adoperata, contro la sua natura e con cattivi risultati, come strumento di credito improduttivo.[1] Il che prova come dove la legge violentandola natura dei rapporti, estende norme e istituti di diritto commerciale a rapporti sostanzialmente diversi non possono aversene che conseguenze dannose.

In conclusione, è certamente oggi prematuro affermare che le esigenze dell'industria commerciale siano sentite, non solo da _alcune_, ma da _tutte_ le categorie di rapporti economico-privati, o dalla gran maggioranza di essi. Accadrà ciò in avvenire? Ecco quanto non è possibile ora prevedere: è questione che dipende dall'assetto economico della società futura. Ma, certo, se si accentuasse la tendenza alla socializzazione e alla statizzazione dei mezzi di produzione, più che di fusione del diritto civile e del diritto commerciale, si dovrebbe parlare di assorbimento, almeno parziale, dell'uno e dell'altro da parte del diritto amministrativo. In ogni caso, ed è questo che a noi preme di affermare, l'unità del diritto privato non può essere effetto di un atto di autorità del legislatore, ma deve esser resa necessaria dalla sostanziale omogeneità dei rapporti economico-privati; omogeneità che oggi manca, e che nessuno può dire se sarà il risultato della ulteriore evoluzione della vita economica.[2]

---

(1) Cfr. _Sraffa_. _La cambiale e i non commercianti_, nell'_Archivio giuridico_ 1897. fasc. 1-2-3.

(2) Lo stesso Vivante, che pure iniziò e condusse vigorosa-

---

§ 5. La scienza del diritto commerciale e i suoi rapporti con le altre scienze sociali e giuridiche.

I° La scienza del diritto commerciale come scienza giuridica autonoma.

Affermata la ragion d'essere del diritto commerciale come un complesso autonomo, non è ancora dimostrata l'autonomia del diritto commerciale come scienza. Fa dubitare dell'esistenza di una scienza del diritto commerciale la frammentarietà delle norme che costituiscono la disciplina giuridica del commercio, e la loro posizione subordinata di fronte alle norme di diritto civile. È perciò ragionevole il dubbio se alle due scienze del diritto civile e del diritto commerciale si debba sostituire un'unica scienza del diritto privato, la quale studi tutto il complesso organico delle norme che regolano i rapporti fra privati.

Non si può certamente disconoscere che lo studio del diritto commerciale importi al continuo richiamo ai principii del diritto civile; la frammentarietà delle norme di diritto commerciale implica che le sue frequen-

---

-mente la polemica per il codice unico delle obbligazioni, ha finito per accostarsi al concetto che l'unificazione del diritto privato, non può essere opera dell'arbitrio legislativo, ma dell'evoluzione della vita economica." Io credo che assai più della nostra influenza di scrittori, contribuisca a risolvere questo dissidio il presente movimento economico, che dà luogo a nuovi istituti giuridici che non hanno un ca-

ti lacune siano colmate mediante norme di diritto civile; s'intende quindi come lo studio del diritto civile sia non solo uno strumento ausiliare, ma addirittura un elemento di integrazione per lo studio del diritto commerciale.

Ma è anche da osservare che non può riconoscersi decisivo contro l'autonomia di una scienza il ricorso anche frequente, che essa debba fare, ai principi e ai concetti di un'altra scienza.

Valga per tutti nel campo stesso delle discipline giuridiche, l'esempio del diritto penale. Si ammetta o non si ammetta il così detto carattere sanzionatorio del del diritto penale: si neghi pure che questo ramo del diritto contenga semplicemente le sanzioni delle norme appartenenti a tutto l'ordinamento giuridico, nel qual caso è chiaro che il diritto penale è da considerare, senz'altro, come un'appendice di tutte le altre norme di diritto pubblico e privato; si ritenga pure, invece, che esso non contenga solo sanzioni, ma norme, in cui, nell'interesse dello Stato, si tutelano beni individuali e collettivi, per lo più tutelati anche da altre norme, ma talora anche non tutelati altrimenti[1]; è certo che il diritto pe-

---

rattere nè civile, nè commerciale, ma regolano obiettivamente il campo comune dell'industria, senza distinguere chi è commerciante da chi non lo è (Trattato I §1 in fine). V. anche Rocco. Intorno al carattere del diritto comm. cit. pag. 543-545 n. nota

(1) Cfr. su ciò Rocco Art. Il cosidetto carattere sanzionatorio

nale non può comprendersi e non può studiarsi se non si conoscono e si studiano tutte le norme di diritto che tutelano quegli stessi beni o interessi che sono oggetto della tutela penale. E infatti i richiami a concetti di diritto civile, di diritto commerciale, di diritto costituzionale, amministrativo, processuale, sono continui nel campo del diritto penale. Ma nessuno, anche dei più convinti fautori dell'opinione che ammette il carattere sanzionatorio del diritto penale (in cui la cosa è anche più evidente) dubita per un istante dell'esistenza autonoma di una scienza del diritto penale.

Egli è che l'autonomia di una scienza non deve confondersi con la sua indipendenza o meglio, col suo isolamento. Perchè un corpo di dottrine abbia ragione di esistere e di essere considerato come scienza autonoma è necessario e sufficiente:

1°) che esso sia abbastanza vasto da meritare uno studio apposito e particolare;

2°) che esso contenga dottrine omogenee, dominate da concetti generali comuni, e distinti da concetti generali informatori di altre discipline;

3°) che possegga un metodo proprio, ossia che adoperi procedimenti speciali per la conoscenza delle verità che costituiscono l'oggetto delle sue indagini.

Ora risponde la scienza del diritto commerciale a queste condizioni? Evidentemente sì. Quanto

---

del diritto penale, nella Giur. ital. 1910.

alla sua vastità basti ricordare che il solo codice di commercio comprende 926 articoli, poco meno della metà del codice civile, circa il doppio del codice penale, e altrettanti quanti il codice di procedura civile e il codice di procedura penale; e ciò senza contare i numerosi istituti che non sono disciplinati espressamente dal codice (le operazioni di banca, buona parte delle operazioni di borsa, le stallie e le controstallie, i raccomandari e via dicendo); ciò che costituisce un complesso di norme tale da fare alla scienza del diritto commerciale un campo altrettanto vasto quanto quello delle altre discipline giuridiche particolari.

Quanto alla omogeneità delle dottrine e alla particolarità dei principii generali, non v'ha alcun dubbio. Vi sono principii generali di <u>diritto commerciale</u>, così come vi sono principii generali di diritto civile, e sono principii ben distinti e qualche volta opposti, a quelli del diritto civile: così i principi: "il danaro si presume sempre fruttifero„ "le obbligazioni si presumono sempre assunte in solido„ "nessuna prestazione si presume gratuita„ "la prova dei fatti giuridici in materia commerciale è libera„ "sono validi i contratti a favore di terzi„ ecc.[1]

Infine, quanto al <u>metodo</u>, vedremo fra breve come lo studio del diritto commerciale richieda procedimenti particolari, specialmente per la conoscenza del contenuto sostanziale della norma, ossia di rapporti sociali che

---

(1) V. sui principii generali del diritto commerciale quanto diremo

essa regola.

In conclusione, non può negarsi, ci sembra, l'autonomia di una scienza come quella del diritto commerciale che, fra l'altro, conta dei secoli di una ricca e vigorosa letteratura.

Dell'autonomia didattica della nostra scienza non è il caso di parlare, essa è da molti anni riconosciuta dagli ordinamenti universitari in Italia e all'estero: il testo unico delle leggi sulla istruzione superiore è approvato con R. D. 9 Agosto 1910 n. 795 (art. 15) e il regolamento speciale della Facoltà di giurisprudenza approvato con R. D. 9 agosto 1910 n. 808 (art. 3) annoverano il diritto commerciale fra le materie costitutive della Facoltà di giurisprudenza.

II. Rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre scienze, e specialmente con le scienze sociali e giuridiche. Autonomia scientifica non è isolamento scientifico; ogni scienza ha rapporti di connessione con altre scienze, e strettissimi rapporti di tal genere ha la scienza del diritto commerciale.

A) Chiari sono in prima linea, i rapporti della scienza del diritto commerciale (la quale studia la disciplina giuridica del commercio e dei rapporti assimilati) con altre scienze, che studiano direttamente il commercio. Ogni fatto e ogni ordine di fatti può, è noto, costituire oggetto delle indagini di più scienze, secondo il punto di vista

---

in seguito a proposito del metodo (Introduzione § 6) e della

dal quale lo si studia. Ora, mentre la scienza del diritto commerciale studia il commercio dal punto di vista giuridico, altre scienze studiano il commercio da altri punti di vista. Vi è tutto un gruppo di scienze tecniche, che studiano i vari rami di commercio dal punto di vista dei procedimenti e dei mezzi necessari per bene esercitarli (merceologia, ragioneria commerciale, tecnica bancaria, scienze attuariali, esercizio delle ferrovie, arte della navigazione ecc.) Bene spesso, nello studio del diritto commerciale, occorre far richiamo alle regole di queste scienze, che sono di aiuto inestimabile per conoscere, nella loro realtà, i fatti che il diritto commerciale vuol regolare.

B) Vi sono le scienze sociali, che studiano il commercio come fenomeno sociale. Così l'economia politica e specialmente l'economia commerciale, studia il commercio dal punto di vista economico, studia cioè in qual modo e con quali leggi l'industria commerciale promuova ed agevoli lo scambio dei prodotti. Così la scienza politica, e specialmente la politica commerciale studia quale debba essere l'azione dello Stato per tutelare e dare incremento a questo ramo importante della produzione economica: così la storia del commercio studia l'evoluzione storica del commercio presso i varii popoli e nelle varie epoche. Così la statistica commerciale, mercè l'osservazione, per masse o grandi numeri, del fenomeno economico del commercio, indaga le regolarità del movimento commerciale e ci presenta lo stato generale del commercio, in un dato

---

interpretazione. (Libro I° cap. 23)

paese e in un'epoca determinata. Mentre vi è netta distinzione fra il diritto commerciale e tutte queste varie scienze che studiano, ma sotto altri punti di vista, il fenomeno sociale del commercio, v'è d'altro canto, fra la scienza del diritto commerciale e queste altre scienze stretta coordinazione, giacchè esse sono indispensabili per la conoscenza dei rapporti, che il diritto commerciale regola.(1)

C) Ancora più stretti sono i rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre <u>scienze giuridiche.</u>

a) Poniamo in prima linea qui i rapporti fra la scienza del diritto commerciale e la <u>teoria generale del diritto o giurisprudenza generale.</u> La teoria del diritto (allgemeine Rechtslehre) studia ed elabora i principii generali, comuni a tutti i rami del diritto. Questo studio ha una importanza, non solo teorica, ma anche pratica. Ricavando dall'esame delle norme costituenti tutto l'ordinamento giuridico, alcune norme generalissime e quindi comuni a tutti i campi del diritto, pubblico e privato, si possono colmare quelle lacune dell'ordinamento giuridico, che l'estensione analogica delle norme di un singolare ramo del diritto non sarebbe sufficente a colmare. Ora il gran numero e la grande importanza delle lacune nel diritto commerciale, rese più gravi e continue dal rapido evolversi dei rapporti commerciali, costringe non

---

(1) Sui rapporti della scienza del diritto commerciale con le altre scienze sociali, v. <u>Goldschmidt</u>, <u>Universalgeschichte</u>, §2, pag. 1-10; <u>Behrend</u>, <u>Lehrbuch</u> §7, pag. 16 e seq.; testo e nota 25.

di rado l'interprete a cercare la norma regolatrice, desumendola, mediante estensione analogica, non solo nel campo del diritto civile, ma anche in altri campi del diritto, e ad assumersi così un compito proprio della teoria generale del diritto; la scienza che offre o dovrebbe offrire (poichè purtroppo la elaborazione della teoria generale del diritto è ancora poco progredita in Italia) già formate queste regole comuni a tutti i campi del diritto, è dunque una ausiliaria preziosa nello studio e nella interpretazione del diritto commerciale.

b.) A più forte ragione stretti e frequentissimi sono i rapporti della scienza del diritto commerciale con la <u>scienza del diritto civile</u>. Poichè, come vedemmo, il diritto che regola il maggior numero di rapporti privati è il diritto civile, mentre il diritto commerciale regola alcune speciali categorie di rapporti privati, il diritto civile deve considerarsi il diritto <u>comune</u> dei rapporti privati: ciò significa che tutte le lacune del diritto commerciale vanno colmate con norme del diritto civile. L'applicazione del <u>diritto civile alla materia commerciale</u> è dunque cosa ordinaria e frequentissima. La ricostruzione organica di un <u>sistema</u> del diritto commerciale, anche dal punto di vista scientifico, non è possibile, senza inquadrarvi le numerosissime regole del diritto civile che completano le norme incompiute e frammentarie del diritto commerciale. La connessione anzi fra la scienza del diritto civile e quella del diritto commerciale <u>è così stretta, da legittimare persino il dubbio se esi-</u>

sta come organismo a sè, una scienza del diritto commerciale, o se invece non esista come disciplina autonoma, che solo la scienza del diritto privato. La risoluzione della questione dipende in gran parte dalla soluzione dell'altro problema, che abbiamo sopra discusso, della esistenza autonoma del diritto commerciale. Risoluto questo problema in senso affermativo, come noi abbiamo fatto, non è tuttavia ancora dimostrata la esistenza di una scienza autonoma del diritto commerciale. Se ad es. come credono taluni scrittori [1] non si deve ricorrere alla estensione analogica delle norme di diritto commerciale, se non in presenza di una lacuna anche nelle corrispondenti norme del diritto civile, e se perciò, necessariamente, si nega la esistenza dei principii generali propri al solo diritto commerciale, (perchè in tal modo il campo stesso della estensione analogica delle norme di diritto commerciale verrebbe ad essere enormemente ristretto e quasi annullato) [2]; si viene necessariamente a negare anche allo studio del diritto commerciale ogni unità organica e sistematica, e quindi ogni carattere di scienza autonoma. Ma, come pur vedremo in appresso, noi non crediamo che i rapporti fra diritto civile e diritto commerciale debbano condurre ad escludere praticamente l'estensione analogica dal campo del diritto commerciale propriamente detto. Noi crediamo invece

---

(1). Vedi più innanzi libro II, cap 2°.

(2) V. su tuttò ciò Libro II cap. 4°

che il diritto civile non possa regolare un rapporto commerciale o assimilato, se non quando manchi una norma di diritto commerciale: e che non si possa dire che manchi una norma di diritto commerciale quando essa, sia pur non espressamente dichiarata, esista implicitamente nel sistema, e la si possa desumere per via della estensione analogica.[1] Crediamo quindi all'esistenza di principii generali di diritto commerciale ossia di norme generali valevoli per tutto e solo il campo della materia commerciale, e crediamo altresì che il diritto commerciale malgrado la sua innegabile frammentarietà, si presti ad uno studio organico e sistematico, e possa quindi la sua conoscenza, dar luogo ad una scienza autonoma, la scienza del diritto commerciale. Crediamo, in conseguenza alla connessione, non già alla confusione fra scienza del diritto civile e scienza del diritto commerciale.

c) Meno stretti, ma non trascurabili, sono infine i rapporti della scienza del diritto commerciale con le scienze di diritto pubblico. Poichè anche il diritto pubblico regola, dal punto di vista dei rapporti fra lo Stato e i privati, il fenomeno del commercio, è chiaro che la scienza del diritto commerciale non può non riferirsi anche ai risultati delle scienze che studiano i vari rami del diritto pubblico.

I rapporti della scienza del diritto commercia

---

(1) V. Libro IV, cap. 2°

le con quella del diritto amministrativo sono determinati dai frequenti contatti che corrono tra le norme di diritto commerciale e quelle di diritto amministrativo. Lo Stato, nella sua funzione amministrativa, da un canto si occupa di promuovere lo sviluppo del commercio, creando istituti destinati a facilitare i rapporti commerciali fra privati (come le borse, le fiere, i mercati, i musei commerciali, i punti franchi, i magazzini generali), e a tutelare gli interessi professionali dei commercianti (come le camere di commercio) dall'altro si occupa di prevenire i danni che possono derivare all'ordine pubblico o alla igiene pubblica dall'esercizio del commercio.

La scienza del diritto commerciale deve dunque riferirsi ai risultati di quella del diritto amministrativo sotto due punti di vista. Poichè l'attività commerciale si svolge in parte cospicua in quegli istituti che lo Stato istituisce o sorveglia, è naturale che tutto ciò che riguarda la loro organizzazione debba essere noto a chi voglia studiare la disciplina giuridica delle operazioni che in essi si compiono. Inoltre è sommamente utile, per intendere la vera portata della tutela giuridica che lo Stato presta agli interessi privati nel campo dell'attività commerciale, il conoscere il modo con cui lo Stato considera il commercio dal punto di vista degli interessi generali.

Nè minor importanza hanno i rapporti tra la scienza del diritto commerciale e quella del diritto penale. Poichè lo Stato interviene con sanzioni penali

a garantire la prudenza e la lealtà commerciale, lo studio delle norme penali che tutelano questo vitale interesse della collettività, non può non riuscire sommamente utile a chi studia l'ordinamento giuridico dell'industria commerciale, anche dal punto di vista dei rapporti e degli interessi privati.

La scienza del diritto commerciale ha anche rapporti con quella del diritto finanziario. Il regime fiscale degli istituti commerciali è interessante a conoscersi, per il commercialista, sia per i riflessi di diritto privato che esso ha non di rado, in quanto la violazione della legge fiscale ha spesso per effetto sanzioni di diritto privato, sia perchè le leggi finanziarie alcune volte colgono, anche prima delle leggi commerciali, i nuovi atteggiamenti dell'attività mercantile, e ne comprendono l'intima struttura, servendo così di guida all'interprete per definire la vera natura dei rapporti che il diritto commerciale vuol regolare.

La scienza del diritto commerciale ha infine rapporti con quella del diritto internazionale: mentre da un canto la conoscenza della disciplina giuridica dei rapporti commerciali nel diritto interno è assolutamente necessaria all'internazionalista, dall'altro la conoscenza della disciplina giuridica dei rapporti commerciali nel diritto internazionale è assai utile al commercialista, in quanto spetta al diritto internazionale lo stabilire i limiti e le condizioni dell'applicazione del diritto interno ai rapporti commerciali internazionali, e il de-

terminare invece quando tali rapporti sono regolati da norme diverse da quelle regolanti i rapporti commerciali interni.

d) Un cenno particolare merita, in ultimo, la determinazione dei rapporti fra la scienza del diritto commerciale e quella del diritto processuale.

Questi rapporti non consistono solo nella consueta e importantissima connessione che vi è sempre fra diritto materiale e diritto processuale, in quanto che gli interessi, di cui il diritto materiale stabilisce la tutela, trovano poi nel diritto processuale i mezzi per la loro effettiva realizzazione ad opera dello Stato: donde l'influenza continua che esercita il diritto materiale sul processo e il processo sul diritto materiale. Per il diritto commerciale vi è qualche cosa di più, derivante dal fatto che il diritto commerciale se, prevalentemente, è diritto privato materiale, contiene anche moltissime norme di diritto processuale: basta ricordare tutte le disposizioni sul fallimento, che sono quasi esclusivamente norme di carattere processuale, e costituiscono l'intero terzo libro del codice di commercio; e molte delle norme del libro quarto, destinate a regolare l'esercizio delle azioni commerciali. Orbene, sotto questo punto di vista, i rapporti fra diritto commerciale e diritto processuale civile sono analoghi a quelli che corrono tra diritto commerciale e diritto civile: il diritto processuale civile è, di fronte a queste norme del diritto commerciale, da considerare come diritto comune. E perciò la scienza del diritto proces-

suale civile fornisce a quella del diritto commerciale i capisaldi e i principii fondamentali. Così, ad es, è impossibile studiare scientificamente l'istituto del fallimento, senza conoscere la dottrina dell'esecuzione forzata nel diritto processuale, di cui la teoria del fallimento non è, in sostanza, che un importante capitolo.

§6. Il metodo nella scienza del diritto commerciale.

In pochi campi del diritto il problema del metodo si presenta così interessante come nel campo del diritto commerciale. La singolare natura e la caratteristica posizione del diritto commerciale nel sistema rendono particolarmente complesse e ricche di nuovi aspetti tutte le questioni concernenti le fonti e i procedimenti della conoscenza del diritto.

Lo studio scientifico del diritto commerciale implica quattro ordini di ricerche:

1º) lo studio tecnico ed economico dei rapporti sociali regolati dal diritto commerciale;

2º) lo studio storico-comparativo dello svolgimento dei varii atteggiamenti degli istituti di diritto commerciale nel tempo e nello spazio.

3º) lo studio esegetico delle norme del diritto commerciale italiano;

4º) lo studio sistematico dei principii del diritto commerciale italiano, del loro coordinamento con le norme e i principii generali del diritto civile e coi

principii generali di tutto il diritto positivo italiano.

A) Ricerca tecnica ed economica. Le particolari esigenze che per lo studio del diritto commerciale derivano dalla particolare natura del suo contenuto, ossia dei rapporti sociali che esso regola, sono state messe in rilievo particolarmente dal Vivante. A questo scrittore deve riconoscersi il merito di aver formulato con precisione e seguito con fedeltà il precetto che pone a base di ogni trattazione giuridica nel campo del diritto commerciale lo studio della struttura economica e tecnica degli istituti. Non già, intendiamoci, che una esigenza analoga non esista per tutti i rami delle discipline giuridiche. Il diritto è norma di condotta e non è possibile conoscere la norma, se non si conoscono i rapporti da essa regolati. Ma questa conoscenza del contenuto sostanziale delle norme giuridiche è, in alcuni campi del diritto, più facile, in altri meno; e diventa particolarmente difficile nel campo del diritto commerciale, che regola fatti e rapporti di natura così speciale, così poco noti alla grandissima maggioranza, di un tecnicismo così complesso, da trascendere l'esperienza comune, e richiedere uno studio apposito e approfondito. I fatti della vita sociale, di solito, accadono quotidianamente sotto i nostri occhi, e di essi ciascuno di noi ha una sufficiente conoscenza diretta; i rapporti di famiglia, le successioni, le forme più comuni dello scambio economico, vendita, locazione, permuta, sono rapporti

ben conosciuti, da tutti, perché al loro svolgimento tutti, si può dire, partecipano di persona. Uno studio particolare del rapporto sociale, utile certamente anche in questi casi, non è dunque di assoluta, imprescindibile necessità. Ben altrimenti nel campo del diritto commerciale. I rapporti della vita commerciale sono, di regola, ignorati dai non commercianti, e anche il commerciante di essi conosce quel tanto, che rientra nell'ambito della propria specifica attività professionale. Il meccanismo delle operazioni di banca e di borsa, le forme svariatissime delle vendite commerciali, il funzionamento delle società di commercio, la struttura delle imprese di assicurazione, le operazioni dei magazzini generali, trasporti marittimi e via dicendo, sono rapporti di una tecnica speciale, che richiedono la conoscenza diretta del pratico, e l'osservazione dello studioso. Perfino alcuni rapporti, regolati bensì dal diritto commerciale, ma che trascendono l'attività professionale del commerciante e appartengono all'attività normale di ogni cittadino, come la cambiale, lo chèque, il trasporto per ferrovia, sono, nel loro funzionamento pratico, ignorati dai più. Vi sono molte persone colte che professano di ignorare il meccanismo del credito cambiario, o che non hanno mai veduto uno chèque, o che non sanno che sia un rapporto cumulativo. A tutto ciò si aggiunga che i progressi dell'attività produttrice modificano incessantemente i rapporti regolati dal diritto commerciale, e danno loro nuove forme e nuovi

atteggiamenti, che occorre seguire con assiduo lavoro. Quel lo che era ieri il contenuto di una norma di diritto commerciale, può non esserlo oggi, ecco perchè è pericoloso far questo studio sui libri ed è molto più sicuro affidarsi all'osservazione diretta dei fatti. La scienza del diritto commerciale, è veramente, sotto questo punto di vista, una scienza di osservazione.[1]

Ma anche qui non bisogna esagerare. Non si deve credere che con questa indagine sulla realtà dei fenomeni economici regolati dal diritto commerciale, sia esaurito il compito del commercialista. La scienza del diritto commerciale non è una scienza economica o tecnica, ma una scienza giuridica; il suo obbietto principale e diretto, non è lo studio delle leggi economiche che regolano il fenomeno del commercio, e tan

---

(1) È dunque giusto e degno di esser meditato il monito che il Vivante rivolge agli studiosi del diritto commerciale: "Non si avventurino mai ad alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell'istituto, che è l'oggetto dei loro studi. Raccolgano nelle borse, nelle banche, nelle agenzie, nelle società commerciali, nelle cancellerie giudiziarie, il materiale necessario per intendere quella struttura e quelle funzioni. È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica, senza conoscerlo a fondo nella sua realtà„ V. Vivante, Trattato, Prefazione alla 1ª

to meno lo studio dei mezzi più adatti per l'esercizio professionale dell'attività mercantile; il suo oggetto è invece, appunto lo studio del diritto commerciale. Ora quella ricerca dei fatti, seducente quanto si vuole, feconda quant'altra mai, rimane sempre, per lo studio del diritto commerciale, una ricerca preliminare, una fase preparatoria; studiare il diritto commerciale vuol dire studiare le norme giuridiche che regolano la materia di commercio, ed è vano sperare che la conoscenza tecnica dei rapporti commerciali, dia, per sè sola la conoscenza del sistema giuridico che li governa. Questo scopo non si consegue, se non mediante un'altra serie di indagini di natura strettamente giuridica, che verremo ora brevemente ricordando.

B) <u>Ricerca storico-comparativa</u>. L'indagine storica, mediante la quale si ricerca l'origine e si segue la evoluzione degli istituti giuridici di un determinato popolo <u>nel tempo</u>; lo studio del <u>diritto comparato</u>, mediante il quale si studiano i varii atteggiamenti degli istituti giuridici presso i varii popoli; infine l'indagine <u>storico-comparativa</u>, mediante la quale si

---

ed. pag. XIII-XIV. V. anche Prefazione alla 2ª ed. pag. IX-X. Sulla necessità di queste ricerche, sebbene partendo da altri e non accettabili punti di vista, come l'esistenza di un <u>diritto naturale</u>, che si desumerebbe dalla <u>natura dei fatti</u>, v. <u>Goldschmidt</u>, <u>Handbuch des Handelsrechts</u>, 2ª ed. I, pag. 301 e segg.

studia l'evoluzione degli istituti giuridici nei vari tempi e presso i vari popoli, rappresentano un complesso di ricerche indispensabili per lo studioso del diritto commerciale vigente. Aggiungiamo che forse per nessun altro ramo del diritto, l'uso del metodo storico-comparativo è più interessante e proficuo. La rapidità stessa, con cui il diritto commerciale si forma e si evolve, rende più necessario il seguire le successive evoluzioni attraverso le quali esso è passato per giungere sino a noi; la sua universalità, dipendente dal moltiplicarsi delle relazioni commerciali tra i popoli, rende più immediatamente utile lo studio degli istituti di diritto commerciale presso le altre nazioni. Lo sviluppo del commercio internazionale, mentre da un canto rende più sensibili e perturbatori i contrasti e i conflitti tra le varie legislazioni, dall'altro canto creando esigenze simili e condizioni sociali analoghe presso i vari popoli, determina la formazione di norme giuridiche somiglianti. Ambedue queste cause influiscono a creare presso i vari popoli un <u>diritto uniforme</u> dei traffici: così è avvenuto ad es: per la materia cambiaria nella quale legislazione tedesca, austriaca, e ungherese, svizzera, italiana, russa, danese, norvegese, svedese, giapponese in sostanza coincidono. Questa uniformità, mentre rende possibile, e prepara la <u>unificazione del diritto commerciale</u>,(1) rende lo studio del di

(1) Se ne vedono già i segni precursori nei lavori per la

ritto comparato e della dottrina e giurisprudenza comparate di utilità immediata per l'interpretazione del diritto commerciale interno.(1)

C) Ricerca esegetica. — Questa ricerca ha per iscopo di determinare la vera portata ed estensione della dichiarazione di volontà contenuta nei singoli testi di legge. L'esegesi ha di mira la singola nor-

---

unificazione del diritto cambiario: v. sui risultati della conferenza internazionale tenutasi all'Aia, a questo scopo. Buzzati, Conferenza dell'Aia sul diritto cambiario nella Riv. di dir. comm. 1910, 1, 533 e segg: e 1911, 1, 1 e segg.; Vivante, Il diritto cambiario alla conferenza dell'Aia, nella Riv. di dir. civile 1910, 694 e segg. Il testo del progetto preliminare formulato, per incarico dei delegati dei vari Stati, dai signori, Lyon Caen e Simons, si può vederlo pubblicato nella Riv. di dir. comm. 1910, 1, 588 e segg.

(1) Sull'uso del metodo storico nello studio del diritto commerciale, v. specialmente la interessante polemica sostenuta dal Goldschmidt contro il Thöl nei seguenti scritti: Zeitschrift fur das gesammte Handelsrecht I, pag. 24; XXVI, pag. 606-613; XXVIII, pag. 441, 456; Handbuch des Handelsrecht, Band I Universalgeschichte des Handelsrecht, 3ª ed. Stuttgart 1891, pag. 40-41. V. anche la risposta del Thöl, nelle sue Handelsrechtliche Abhandlungen, Stuttgart 1882, pag. 40. Sull'uso del diritto comparato, v. Saleilles Contribution à l'étude des methodes juridiques, negli Annales de droit commercial, 1891, pag. 217 e segg.

ma legislativa, sia mediante l'interpretazione grammaticale, sia mediante l'interpretazione logica del testo. Essa rappresenta la prima e più semplice forma di interpretazione: ha per oggetto unicamente la legge; la legge stessa considerata nelle sue singole disposizioni, non già in rapporto a tutto il complesso sistematico del diritto, e inoltre nelle sole norme espresse, senza tener conto di quelle implicitamente contenute nel sistema. È una forma semplice, e se vuolsi, anche umile di interpretazione, sebbene in mano a giuristi di grande valore, come taluni commentatori del codice francese Napoleone, abbia dati risultati meravigliosi. Ma certamente essa costituisce un'indagine indispensabile per elevarsi poi a forme più complesse e più ardite di interpretazione. Lo studio delle singole norme di legge è invero preliminare ad ogni altro per due ragioni: perchè l'esame del testo è sufficiente a risolvere la controversia, tutte le volte che non vi è nella legge, una vera lacuna, e perchè non si può ricorrere agli strumenti più delicati della interpretazione giuridica, se questa non si appoggia su testi, il cui contenuto sia stato ben chiaramente determinato.(1)

---

(1) Sull'uso del metodo esegetico da parte dei commentatori francesi del codice Napoleone, v. Geny. Méthodes d'interprétation et source en droit privé positif. Paris, 1899, pag. 23 e segg.; quanto è scritto in questo libro dei civilisti, si può ripetere dei commercialisti francesi appartenenti alla seconda

D) *Ricerca sistematica o dogmatica*. Chiamiamo ricerca sistematica o dogmatica quella che si propone di colmare le *lacune* della legge, desumendo, mediante il processo della estensione analogica, dalle norme scritte altre norme più generali non scritte, e stabilendo così principi e regole generali, sia ad una data materia, sia ad un dato ramo del diritto, sia anche a tutti i campi del diritto.(1) Ora questa ricerca ha un'importanza grandissima, starei per dire preponderante, nel campo del diritto commerciale. Lasciando da parte le norme del diritto commerciale che solo occasionalmente sono scritte nel codice di commercio, ma che sono sviluppo di principi già contenuti nel diritto civile, poche di necessità e frammentarie; le norme che possono dirsi più propriamente *commerciali*, in quanto regolano la sola materia di commercio, per la stessa loro natura, non contengono che una *parziale* regolamentazione dei rapporti privati commerciali: li regolano cioè co*me rapporti commerciali* e non come rapporti *pri-*

metà del secolo XIX. In Italia il più eminente rappresentante di questo metodo, nel campo del diritto commerciale, rimane il *Manara*. Di lui v. specialmente lo scritto: *Sull'odierna importanza del diritto commerciale e sul metodo per studiarlo* estratto dal *Circolo giuridico*, Palermo 1885, nonchè il volume su gli *atti di commercio*. Prefazione.

(1) Questa ricerca si chiama *sistematica* o *dogmatica* in quanto intende a ricostruire tutto il *sistema* del diritto vigente e a dare i principi generali e fondamentali (dogmi) che lo

vati. Del resto, questo carattere frammentario del diritto commerciale è apertamente riconosciuto dalla legge. L'art. 1 cod. commerc. confessa che il diritto commerciale scritto e quello consuetudinario sono incompleti, e non contengono tutta la disciplina giuridica dei rapporti commerciali; anzi esso prevede questa ipotesi come normale e determina il modo con cui si deve provvedervi: "In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano si osservano gli usi mercantili.... In mancanza, si applica il diritto civile". Si veda da ciò qual larga parte sia fatta alla ricerca dogmatica, nel campo del diritto commerciale. Un primo compito del commercialista infatti, dopo esaurita, l'interpretazione grammaticale e logica delle singole disposizioni delle leggi commerciali, è quello di desumere, mediante il processo di generalizzazione proprio dell'analogia, dal complesso delle leggi e delle consuetudini commerciali, quanti più principi e regole generali è possibile, di carattere specificamente commerciale (1). Ma con ciò non si provvede ancora, come si è visto, alla disciplina di tutti i rapporti commerciali: occorre ricorrere al diritto civile. Questo secondo compito è più arduo, perchè il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spes

---

informano.

(1) Sulla possibilità di desumere per analogia, dalle leggi e dalle consuetudini commerciali, norme più generali e financo principi generali di dir. comm. v. più oltre Libro II cap. 2°

so bisogno di andare più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista. È infatti molto frequente il caso che, di fronte a rapporti nuovi e in continua trasformazione come i rapporti commerciali, le norme espresse del diritto civile si palesino insufficienti, e sia necessario, col processo di generalizzazione inerenti all'estensione analogica, spingersi più in là di quanto occorra per regolare i più semplici e più stabili rapporti della vita civile. La legge civile è certamente, rispetto alla materia commerciale, più insufficiente e più incompleta, di quello che non sia di fronte alla materia propriamente civile, per un doppio motivo; perchè non contiene una regolamentazione apposita dei rapporti commerciali, e perchè col rapido trasformarsi della vita commerciale, essa costituisce, per la materia di commercio, una legislazione comparativamente assai più vecchia ed arretrata. Non si pecca di irriverenza verso l'opera veramente insigne della nostra codificazione civile, dicendo che il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita quasi arcaiche rispetto allo stato odierno del commercio e dell'industria in Italia. Ora, quanto più grande è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esse debbono regolare, tanto meno stretta diviene l'analogia tra i casi regolati e i nuovi da regolare, e tanto più necessario diventa allargare l'indagine, fino a trovare i principii e regole così generali, da servire anche per i casi non regolati. È questa progressiva generalizzazione, in una ma

teria così nuova come la materia commerciale, può perfino condurre fuori del campo stesso del diritto civile, a desumere norme generalissime da norme scritte per altri campi del diritto. Il commercialista dunque deve, mediante un paziente lavoro di induzione, guadagnare concetti e norme generali non solo nel campo del diritto commerciale propriamente detto, ma anche in quello del diritto civile e giungere perfino alla determinazione di principi generalissimi, comuni a tutto il sistema del diritto. Solo mediante, questo lavoro d'induzione e di generalizzazione gli sarà possibile di regolare, mediante norme tratte dal dir. costituito, la infinita varietà dei casi, a cui dà luogo la multiforme e sempre diversa attività dei traffici.(1)

I quattro ordini di ricerche che abbiamo così sommariamente descritti, forniscono gli elementi necessari non solo allo studio del diritto commerciale positivo vigente, che costituisce l'oggetto principale della scienza del diritto commerciale, ma anche allo studio delle riforme da apportarsi al diritto costituito, studio che pure fa parte del compito del commercialista. Invece, mentre l'indagine esegetica e quella dogmatica dando la conoscenza completa del diritto vigente, permettono di scoprirne le vere deficienze, la ricerca tecnica ed economica ci mostra le esigenze che la natura dei rapporti commercia

---

(1) Sul procedimento di generalizzazione proprio della estensione analogica, v. quanto diremo più innanzi, a proposito della interpretazione del dir. comm. (Libro II, cap 2°)

li pone al diritto, e l'indagine storico-comparativa ci addi ta il modo con cui a tali esigenze fu provveduto da altre legislazioni.

In complesso ambedue i compiti della scienza del diritto commerciale, la conoscenza del diritto vigente e la preparazione del diritto futuro, non possono adempiersi, che mediante le quattro specie di ricerche sopra enumerate

§7. Partizione della scienza del diritto commerciale

Del diritto commerciale abbiamo, come suole accadere per ogni scienza, diverse partizioni. Quella più in voga in Francia corrisponde sostanzialmente alla partizione della materia adottata dal codice di commercio: essa divide il diritto commerciale in quattro parti: una parte generale in cui si tratta delle fonti, degli atti di commercio, dei commercianti, delle società commerciali, delle obbligazioni, e dei contratti commerciali, sia in generale, sia in particolare; una seconda parte dedicata al diritto marittimo, una terza al fallimento, una quarta alle azioni commerciali e alla procedura commerciale. In Germania si suol distinguere il diritto commerciale propriamente detto, dal diritto marittimo, e dal diritto cambiario. Il fallimento essendo in Germania istituto comune ai commercianti e ai non commercianti, è considerato come parte, sebbene autonoma, del diritto processuale civile, sotto il nome di diritto concorsuale. In Italia è per molti anni prevalsa la ripartizione adottata dalla dottrina francese, ma di recente si è delineata la

tendenza a seguire piuttosto il sistema tedesco, escludendo dalla trattazione del diritto commerciale propriamente detto il diritto marittimo e il fallimento (1) o il solo diritto marittimo (2).

Quanto alla partizione del diritto commerciale in senso stretto: in sostanza, si può dire che prevalga una distinzione della materia, che corrisponde alla classica distinzione romana; persone, cose, obbligazioni. (3)

Una critica esauriente di queste varie ripartizioni sarebbe qui fuori di posto. La distinzione tradizionale corrispondente all'ordine seguito dal codice, non ha certo carattere scientifico. Ma non ci sembra che risponda neppure ad un esatto concetto scientifico la ripartizione che esclude dalla esposizione del diritto commerciale materie che, almeno in Italia, non solo sono regolate dal codice di commercio, ma sono obbiettivamente commerciali, come il fallimento, istituto proprio dei commer-

---

(1) Il trattato di diritto commerciale, del Vivante non comprende infatti nè il diritto marittimo, nè il fallimento.

(2) Così il recente Trattato elementare del Navarrini. Il diritto marittimo è escluso anche dal Traité élementaire de droit commercial del Thaller: il che prova come anche in Francia si sia fatta sentire l'influenza della ripartizione tedesca.

(3) Questa distinzione è adottata dal Franchi, Manuale di diritto commerciale, Torino 1890-1896; dal Marghieri Manuale di diritto commerciale, Napoli 1907, e dal Vivante, Trattato, 2ª e 3ª ed.

cianti, e il diritto marittimo che regola un ramo importantissimo del traffico mercantile. Escludere l'uno o l'altro o ambedue dalla trattazione del diritto commerciale, perché lo studio del fallimento appartiene alla procedura, dovrebbe condurre per logica conseguenza a incorporare la trattazione del diritto commerciale in senso stretto, in quella del diritto civile. In verità se si ammette l'oppurtunità di uno studio separato del diritto commerciale, non si può non comprendervi tutte le dottrine che tradizionalmente ne fanno parte e che, in sostanza, versano su un complesso di norme giuridiche regolanti materie obbiettivamente commerciali. Quanto poi alla tripartizione in <u>persone</u>, <u>cose</u>, <u>obbligazioni</u>, notiamo che si tratta di una distinzione già molto usata dai civilisti, ma giustamente oramai abbandonata: non è infatti molto corretto dal punto di vista logico e sistematico, contrapporre le obbligazioni, che sono una <u>particolare</u> categoria di rapporti giuridici, alle persone e alle cose, che sono <u>elementi</u> dei rapporti giuridici; e a proposito degli <u>elementi</u> che sono comuni a tutti i rapporti, parlare di due altre categorie particolari di rapporti come i diritti personalissimi, e i diritti reali. Io credo che, data la natura del diritto commerciale, e la sua posizione di fronte al diritto civile, non vi sia da far altro che adottare, per la scienza del diritto commerciale, la stessa partizione che dai pandettisti in poi, è oramai diventata comune nel campo del diritto civile. Se il diritto commerciale è diritto privato, e diritto speciale o eccezionale, è chiaro, deve esserci perfetto paralleli-

suno tra la sistemazione del diritto privato comune o civile e quella del diritto commerciale. E come nel diritto civile vi è una parte generale e una parte speciale, la prima delle quali tratta del diritto obiettivo e dei rapporti giuridici in generale, mentre la seconda si occupa dei singoli rapporti giuridici, così nel diritto commerciale, premessa una introduzione, in cui si discorra della scienza del diritto commerciale, del suo oggetto, dei suoi uffici, e del suo metodo, si deve trattare del diritto commerciale obiettivo in generale e dei rapporti di diritto commerciale pure in generale, per passare poi, nella parte speciale, alle singole categorie di rapporti giuridici. Ecco pertanto schematicamente, la partizione della scienza del diritto commerciale che noi adottiamo.

Parte generale:

A) La scienza del diritto commerciale (nozione, oggetto, metodo)

B) Il diritto commerciale obiettivo (partizioni, fonti, interpretazione, contenuto)

C) I rapporti giuridici commerciali in generale.

a) natura e specie (diritti della personalità, diritti reali, diritti di obbligazione)

b) elementi:

α) subietti (persone fisiche e persone giuridiche)

β) obietti o cose (distinzione delle cose - varie specie di cose: cose mobili e immobili; fungibili e infungibili; semplici e composte; aventi un valore in sè e rappresentanti un valore.)

c) nascita, modificazione ed estinzione (fatti ed atti giuridici commerciali)

α) fatti giuridici volontari (atti giuridici commerciali)

αα) atti leciti - Teoria dei negozi giuridici commerciali

ββ) atti illeciti.

β) fatti giuridici non volontari: in ispecie, il decorso del tempo. Teoria della prescrizione.

d) realizzazione dei diritti.

Parte speciale.

A) Il diritto delle persone.

a) Lo stato del commerciante.

Diritti ed obblighi personali dei commercianti.

b) Le persone fisiche commercianti.

c) Le società commerciali.

B) I diritti reali

a) La proprietà

b) Il possesso.

c) I diritti reali di garanzia.

C) I diritti di obbligazione.

a) Le obbligazioni commerciali in generale.

I principi speciali delle obbligazioni commerciali.

b) Le obbligazioni derivanti da negozi giuridici unilaterali: in ispecie dalla emissione di un titolo di credito - la cambiale.

c) Le obbligazioni derivanti da contratti.

α) contratti del commercio terrestre (vendita, trasporto, assicurazione, deposito, pegno, conto corrente, operazioni di borsa e di banca - mandato, ecc.)

β) contratti del commercio marittimo - (vendita di navi, pegno sulle navi, costruzioni di navi, arruolamento, noleggio, assicurazione, prestito o cambio marittimo ecc.)

d) Le obbligazioni derivanti da atti illeciti.

e) Le obbligazioni derivanti da altri fatti giuridici.

f) La realizzazione delle obbligazioni. Il fallimento. I privilegi.

Oggetto del nostro corso è l'esposizione della parte generale.

§ 8. Letteratura scientifica del diritto commerciale.

Lasciando da parte i due commentatori, Bartoli da Sassoferrato (+ 1357) e Baldo degli Ubaldi da Perugia (+ 1400) i quali ci lasciarono numerosi responsi o pareri (consilia) in materia commerciale, sono da notarsi come scrittori ed opere di puro diritto commerciale che trattano tutta o gran parte della materia:

Benvenuto Stracca, anconetano, Tractatus de mercatura seu mercatore. Venezia 1553. È il primo trattato sistematico di diritto commerciale: opera insigne, in cui per la prima volta viene elaborato l'ingente materiale che il diritto romano, gli istituti municipali, la giurisprudenza e la consuetudine avevano accumulato nella formazione degli istituti commerciali.(1)

(1) Sull'opera dello Stracca, v. Franchi, Benvenuto Stracca Roma

Sigismondo Scaccia, Tractatus de commerciis et cambio. Roma 1618. Meno pregevole del precedente e meno originale. Utile specialmente per ciò che concerne la cambiale.

Franciscus Roccus. Responsa legalia de mercatura 2 vol. Napoli 1655, vasta compilazione, in cui viene sfruttata, con molta utilità, la giurisprudenza del Sacro Consiglio napoletano.

Ansaldo de Ansaldis. Discursus legales de commercio et mercatura. Roma 1869. Alquanto più originale del precedente.

Giuseppe Maria Casaregis, genovese (+ 1737) Discursus legalis de commercio. Firenze 1719 - 3 vol. - Opera classica nella letteratura del diritto commerciale, in cui è profuso un tesoro di sapienza giuridica e di senno pratico. Non è possibile, ancor oggi, studiare istituti di dir. commerciale senza conoscere ciò che ne scrisse il Casaregis, conoscitore fine e profondo della pratica mercantile.

Azuni. Dizionario universale ragionato della giurisprudenza mercantile 1ª ed. Nizza 1780-88 2ª ed. Livorno 1822-24-4 vol.

Baldasseroni Ascanio, Dizionario della giurisprudenza mercantile 4 vol. Firenze 1810-1812.

De Torio, Giurisprudenza del commercio. Napoli 1793.

1888; e Goldschmidt nella Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht XXXVIII (1890) pag. 1 e segg.

Fierli, Della società chiamata accomandita e di altre materie mercantili, Firenze 1803.

Tutte queste opere sono utili principalmente per la storia del diritto commerciale in Italia. Lo stesso è a dirsi, riguardo alla Francia ed alla Germania, per le seguenti opere:

Savary-Jacques, Le parfait negociant Paris 1675; id; Dictionaire universel du commerce, ristampato a Parigi, 1784, id; Parères ou avis et conseils sur les plus importantes matières du commerce, Paris, 1688.

Jousse, Commentaire sur l'ordonnance de Louis XIV Paris 1678

Valin, Commentaire sur l'ordonnance de la marine, La Rochelle, 1760.

Emerigon. Traité de assurances et des contrats à la grosse, Marseille, 1784

Lauterbach, VESEIS de iure in curia mercatorum usitato, Tubinga 1655.

Marquard, Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari. Francoforte 1662.

Martens, Grundriss des Handelsrechts, Göttingen 1797.

Più ricca è la bibliografia contemporanea. Il primo posto è tenuto dalla letteratura tedesca, a cui dobbiamo la più profonda elaborazione dottrinale del dir.

commerciale. Pregevole è anche la letteratura francese specialmente la più antica. Nell'ultimo trentennio anche la letteratura italiana ha dato un ottimo contributo agli studi di dir. commerciale. Ci limitiamo qui a citare i trattati, commenti e manuali più importanti.

A) Germania

Thöl, Das Handelsrecht, 6ª ed. Leipzig 1879-1880 - 3 vol. Opera fondamentale, sebbene ormai un pò invecchiata

L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts vol. 1º parte 1ª e 2ª Erlangen 1864-1868: 2ª ed. Stuttgart 1875-83, - 3ª ed. sotto il titolo Universalgeschichte des Handelsrechts Stuttgart 1891. Opera insigne per la profondità della dottrina giuridica e per la vastità delle indagine storiche, rimasta disgraziatamente incompleta per la mor dell'autore. La 2ª ed. contiene la storia, i principii generali, la teoria delle cose; la 3ª la sola storia.

Endemann, Das deutsche Handelsrechts, Iª ed. Heidelberg 1865: 4 ed 1887.

Goldschmidt, System des Handelsrechts in Grundriss 4ª ed. Stuttgart 1892, é un prospetto sistematico, con ricche indicazioni bibliografiche: alcuni punti ed alcune questioni sono svolte: di altri si riferisce la sola bibliografia.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels See- und Wechselrechts Leipzig 1881-1885: 4 voll. opera scritta in collaborazione con Brunner, Cohn, Gareis, Regelsberger, Schott ed altri. Se ne pubblicò anche u-

na traduzione italiana. Napoli; Jovene. 1897-1903. È un'opera molto importante e ben fatta.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts vol. I Berlin 1880-1896. Contiene la storia, i principi generali e il diritto delle persone. Eccellente sotto ogni aspetto.

Gareis. Deutsches Handelsrecht. 8ª ed. Berlin 1909. Compendio elementare.

Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts Leipzig 1908. Pregevole.

Cosack. Lehrbuch des Handelsrecht 4ª ed. Stuttgart 1903. Utile perché completo. Contiene anche il diritto marittimo e cambiario.

Makower, Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 12ª ed. Berlino 1898-1901.

Hahn, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche 1ª ed. Braunschweig. 1862-1863 - 3ª ed. 1879: 4ª ed. 1894 (del solo 1º vol.) Eccellente

Anschütz und von Volderndorff. Kommentar zum Handelsgetzbuche 3 voll. Erlangen 1868-74.

Gareis und Fuchsberger. Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch erläutert. Berlin 1891. Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 6ª e 7ª ed. Berlin 1899. 1901 8ª ed. curata dopo la morte dell'autore da Könige e Pinner, Berlin 1906. Un vero modello di commento chiaro, esatto e completo.

Düringer e Hachenburg. Das Handelsgesetzbuch von 10 Mai 1897, auf der Grundlage des burgelichen Gesetzbuches 1ª ed. Mannheim 1899-1905; 2ª

ed., (in corso di pubblicazione) Utile per la nuova elaborazione del diritto commerciale fatta sulla base del codice civile germanico.

Lehmann e Ring, Das deutsche Handelsgesetzbuch, Berlin 1901.

Oltre a queste opere di diritto commerciale, sono da consultarsi i trattati di diritto civile prussiano del Dernburg (5ª ed) dello Stobbe (3ª ed) del Forster-Eccius (4ª ed.) Riviste dedicate esclusivamente al diritto commerciale sono: la eccellente Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht fondata da Goldschmidt nel 1858 e la Zeitschrift für Handels- Konkurs-und Versi-cherungsrechtz. Leipzig dal 1907.

B) Nella letteratura francese sono da notare:

Pardessus, Cours de droit commercial, 6ª ed.; Paris 1856-1857. Eccellente sebbene ormai antiquato. 3 voll.

Massé, Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil, 3ª ed. Paris 1873; 4 voll. Opera pregevole per la originalità della concezione e della trattazione e i continui raffronti col diritto civile e il diritto internazionale.

Demangeat et Bravard-Veyrières, Traité de droit commercial, 2ª ed. vol. 6, Paris 1886-1892: è il trattato Bravard-Veyrières, ripubblicato con buone note dal Demangeat.

Boistel, Cours de droit commercial 2ª ed. Paris 1890

Lyon Caen et Renault, Traité de droit com

mercial 8 vol. 3ª ed. Paris 1899-1906. Opera esauriente che riassume sistematicamente tutta la dottrina e la giurisprudenza francese.

Thaller, Traité élementaire de droit commercial, 1ª ed. Paris 1898. 4ª ed. 1910.

Thaller, Pic, Percerou, Josserand e altri, Traité general theorique et pratique de droit commercial, Paris, dal 1909 (in corso di pubblicazione: pubblicati i volumi IV [società di P. Pic]; XIV [fallimenti di Percerou] VIII [trasporto di Josserand]) Riviste; Annales de droit commercial, diretti da Thaller, Paris, dal 1886.

C) La letteratura austriaca è meno ricca: citiamo:

Canstein, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts- Wien 1895-1896.

Randa, Das österreichische Handelsrecht. Wien 1905.

La letteratura italiana è ormai notevole per quantità e qualità. Ricordiamo:

Vidari, Corso di diritto commerciale, 9, voll. Milano, 1ª ed. 1877-1887: 4ª ed. 1893-1898 - 5ª ed. 1900 -1908. Hoepli: è opera sistematica che ha il merito di essere stata la prima trattazione scientifica del diritto commerciale italiano. Migliore sotto parecchi aspetti è però:

Vivante, Trattato di diritto commerciale, 4 volumi 1ª ed. Torino 1893-1902, 3ª ed. Milano 1907-1909 Vallardi ed. Opera eccellente, vigorosa per ori

ginalità di vedute, per robusta partizione sistematica, per profondità di ricerche. È vivamente da raccomandarsi ad ogni studioso del diritto. Si può deplorare soltanto che il dir. commerciale non vi sia trattato tutto, mancandovi il diritto marittimo e il fallimento.

Vivante, Istituzioni di diritto commerciale 4ª ed. Milano 1901. Hoepli ed. È un breve compendio, ad uso specialmente degli istituti tecnici. –

Marghieri, Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente, 1ª ed. Napoli 1884, 3ª ed. 1887, la 4ª è in corso (in collaborazione con A. Scialoia) Torino. Unione tip. ed.

Marghieri, Manuale di diritto commerciale italiano, Napoli 1902. Marghieri ed.

Franchi, Manuale di diritto commerciale. Torino 1890 – 1895. È un buon manuale per le scuole ma ancora incompleto.

Supino. Istituzioni di diritto commerciale, 11ª ed. Firenze. Barbèra ed. 1910.

Navarrini, Trattato elementare di diritto commerciale, 2 voll. Torino 1911. Bocca ed. Completo (salvo il diritto marittimo) preciso e molto utile.

Sono da notarsi inoltre i 4 commenti seguenti:

Vivante e Bolaffio Il codice di commercio commentato. 1ª ed. è del 1883 - 1897. 2ª ed. 1902-1909 Verona, Donato Tedeschi ed. Commento di disuguale valore, essendo scritto da parecchi autori, ma di cui alcune parti sono veramente eccellenti.

Castagnola e Gianzana. Commento al codice di commercio. Torino 1883-1900. Unione tip. ed. Opera di scarsa utilità, eccettuata una parte della dottrina del fallimento, dovuta al Bolaffio.

Franchi, Sraffa, Bonelli ed altri. Commentario al codice di commercio. Milano, dal 1900. Vallardi ed. In corso di pubblicazione. È in complesso, un'opera pregevole e utile. Pubblicati il fallimento, dovuto a Bonelli, eccellente, il mandato, dovuto a Sraffa, eccellente, il trasporto dovuto a Bruschettini. In corso: la parte generale Franchi, e Pagani: le società Navarrini: l'assicurazione Manfredi; il diritto marittimo Brunetti; le azioni commerciali C. F. Brusca.

Sraffa, Rocco, D'Amelio, Bonelli, Il codice di commercio annotato. Milano dal 1910 (in corso) Vallardi ed. È un riassunto della dottrina e della giurisprudenza dispotto sotto ogni articolo del codice

Notiamo in ultimo le due riviste dedicate al diritto commerciale.

Il diritto commerciale, diretto da Supino e Serafini, poi da Supino, in ultimo da Supino e Cogliolo dal 1883 Torino. Unione tip ed.

Rivista di diritto commerciale diretta da Sraffa e Vivante dal 1903 - Vallardi ed. Eccellente e ricchissima pubblicazione, forse la migliore del genere che veda la luce non solo in Italia, ma

anche all'estero.

LIBRO I°

IL DIRITTO COMMERCIALE OBIETTIVO

Cap. I°

Le fonti del diritto commerciale

§9. Considerazioni generali. La espressione "diritto commerciale obiettivo" può essere presa in un senso più ampio ed in uno più ristretto. In senso largo è diritto commerciale tutto il complesso delle norme giuridiche che regolano la materia commerciale: sotto questo punto di vista è dir. comm., non soltanto la norma emanata appositamente per la materia commerciale, ma anche la norma di diritto civile o diritto privato comune, che scritta per tutti i rapporti privati in generale, si applica alla materia commerciale in mancanza di una norma speciale per i rapporti commerciali. In senso stretto e più proprio, invece è di diritto commerciale solo la norma che regola direttamente e particolarmente la materia commerciale. Ora quando si

parla di diritto commerciale, s'intende alludere soltanto a quel complesso di norme che sono emanate appositamente per la materia commerciale. Le norme scritte per i rapporti di diritto privato in generale, rimangono norme di diritto civile per quanto possano applicarsi anche in materia commerciale: così come le norme scritte per i rapporti commerciali restano norme di dir. comm. per quanto alcune volte (e cioè quando siano derivazione o esplicazione di norme e principi di diritto civile), possono applicarsi anche ai rapporti meramente civili.

Da ciò si desume che la qualificazione di una norma come di diritto civile o di diritto commerciale, non è data dalla circostanza della sua effettiva applicazione alla materia civile o alla materia commerciale, ma dal fatto della sua destinazione principale all'una o all'altra materia.

Questa considerazione preliminare ci permette di determinare con precisione quali siano le fonti del diritto commerciale, e di eliminare alcune inesattezze che corrono intorno a questo concetto, nella letteratura commercialista.

Intendiamo per fonte del diritto in senso proprio o fonte normale del diritto [1] la forma con cui si manifesta esteriormente la norma. E poiché questa varia secondo l'organo da cui promana, in ul

---

(1) È nota la distinzione fra fonte normale e fonte materiale del diritto. Fonte normale è, come viene spiegato nel testo,

tima analisi può dirsi che vi sono tante fonti di diritto, quanti sono gli organi i quali formano la volontà collettiva, di cui la norma è espressione.[1]

---

il mezzo con cui si manifesta esteriormente la norma giuridica; il diritto obbiettivo essendo volontà collettiva dichiarata (cfr principalmente Binding, Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885, 1. pag. 107), può tale volontà collettiva essere dichiarata in vari modi, ciascuno dei quali è appunto fonte del diritto, in senso formale. Invece è fonte materiale del diritto ogni elemento che contribuisca a determinare il contenuto della norma: così è fonte materiale del diritto la tradizione, la natura dei rapporti regolati, l'utilità o la necessità sociale, il sentimento popolare ecc. mentre fonte formale non è che la legge o la consuetudine (Cfr su questa distinzione: Regelsberger, Pandekten, Leipzig. 1893, pag. 68; Anzilotti, La responsabilità dello Stato nel diritto internazionale, Firenze 1902 pag. 30.

(1) Cfr. sul concetto di fonte del diritto Goldschmidt, Handbuch, pag. 302-303, che dice: « le forme, nelle quali una collettività stabilisce il proprio diritto, cioè le forme con cui sorge e si estrinseca il diritto positivo, si chiamano fonti del diritto ». Non potrei invece consentire nella definizione di A. Scialoia, Le fonti e la interpretazione, pag. 8 secondo cui fonte è la forma di realizzazione del diritto in quanto essa farebbe supporre l'esistenza di un altro diritto anteriore al diritto positivo che questo realizza (diritto naturale, razionale o

È dunque chiara la inesattezza della opinione comunemente accolta per cui sarebbero fonti del dir. commerciale: la legge commerciale; l'uso mercantile; e il diritto civile.(1) Il diritto civile non può essere fonte di diritto, perchè non è mezzo per la creazione del diritto, ma è, invece, un complesso di norme giuridiche già formate ed emanate. Il diritto civile, è vero, si applica in materia commerciale: questo dice, e dice benissimo, l'art. 1. del codice di commercio: ma ciò significa semplicemente che il diritto civile in taluni casi, regola anche i rapporti commerciali, non già che esso dia luogo alla formazione di norme di dir. comm. vero e proprio. È importante il determinare con esattezza questa funzione del diritto civile di fronte alla materia di commercio, non solo per la precisione dei concetti giuridici, ma anche per evitare un equivoco in cui è facile cadere: dicendo che il diritto civile è fonte di dir. comm., si afferma implicitamente che il diritto civile, in taluni casi, assume il carattere di diritto speciale al commercio, mentre, esso si applica alla materia commerciale sempre come diritto civi

---

ideale); la quale esistenza noi contestiamo recisamente, come fa del resto lo stesso Scialoia (pag. 58)

(1) Vedi fra gli scrittori tedeschi, Behrend, Lehrbuch, pag. 85-86 Randa, Handelsrecht + ± I, pag. 27; e fra gli italiani: Vivante. Trattato, I § 7; Franchi, Manuale pag. 20; Navarrini, Man. elem. pag. 49.

le, ossia come il diritto comune dei rapporti privati.

In realtà per determinare la posizione del diritto civile di fronte alla materia di commercio, basta ricordare che il diritto commerciale contiene la particolare regolamentazione giuridica dei rapporti commerciali come rapporti comm.li; la regolamentaz.e giuridica dei rapporti commerciali come rapporti privati bisogna sempre cercarla nel diritto civile. Fin dove giunge la norma speciale, che regola i rapporti commerciali come una speciale categoria di rapporti privati, è questa che si deve applicare: dove tale norma non giunge, entra naturalmente in iscena il diritto civile, che regola tutte le categorie dei rapporti privati, e perciò anche quella dei rapporti commerciali. Il diritto comune si applica alle materie regolate da norme speciali o eccezionali quando manchi la norma speciale, appunto perchè è diritto comune, e non perchè si trasformi in diritto speciale. Adunque, il decidere quando il diritto civile si applichi alla materia commerciale dipende dallo stabilire quando, per la regolamentazione di un determinato rapporto commerciale, manchi una norma speciale di diritto

Ma questo è un semplice problema di interpretazione. Il vedere fin dove giunga e fin dove non giunga una norma di diritto commerciale, non è altro che determinare il contenuto esatto e la vera portata della norma, il che appunto è compito della interpretazione.

Escluso il diritto civile che non può, per le ragioni anzidette, mai considerarsi come fonte di diritto commerciale, per quanto bene spesso ricorra la sua applicazione in materia commerciale, non rimangono, anche di fronte al diritto commerciale, che le fonti consuete, le sole che esistano nel diritto moderno: la legge che è la norma posta dallo Stato a mezzo degli organi a ciò destinati; e la consuetudine, che è la norma posta direttamente dalla collettività, e manifestata tacitamente mediante la sua effettiva osservanza da parte dei consociati.

Non consideriamo invece come fonte di diritto, e perciò neppure come fonte di diritto commerciale, la giurisprudenza, l'equità, la natura dei fatti, i principi generali di diritto, le leggi straniere.

a) La giurisprudenza, cioè l'attività teorica e pratica dei giuristi, non è fonte di diritto, per quanto sia uno strumento necessario e eccellente per la conoscenza del diritto: l'attività dei giuristi non ha infatti per iscopo la creazione di nuove norme giuridiche, ma lo studio, l'interpretazione e l'applicazione del diritto vigente.(1)

b) L'equità, secondo l'opinione dello Scialoia oramai prevalente, è il diritto del caso singolo. In parecchie disposizioni (es. cod. civ. art. 463, 578, 1124, 1652, 1718) la legge fa richiamo all'equità: in questi casi,

---

(1) Sull'autorità e il valore della dottrina e della giuris-

che sono del resto affatto eccezionali, la legge, non volendo dettare una norma fissa per certi rapporti, che nella pratica possono assumere atteggiamenti diversissimi, permette al giudice di regolarli, secondo le peculiari circostanze del caso. Qui non è dunque tanto l'equità, quanto la sentenza del giudice fonte di diritto, ma anche da questo punto di vista lo è in un senso ristrettissimo e del tutto speciale, in quanto la legge permette bensì al giudice di decidere secondo il suo personale apprezzamento delle circostanze, ma la decisione del giudice non ha valore che per il caso singolo e non per altri casi.[1]

c) _la natura dei fatti_, cioè l'indole dei rapporti sociali, che sono regolati dal dir. comm., abbiamo già veduto, è una guida necessaria e sicura per la conoscenza del diritto vigente; è un elemento importantissimo per la formazione della norma in quanto deter-

---

prudenza, v. _Fadda_ e _Bensa_, _Note delle Pandette del Windscheid_, I. pag. 129 e segg. Sulla facoltà del giudice di creare il diritto, v. _Rocco, La sentenza civile_. Torino 1906, pag. 152 e segg.: _L'interpretazione delle leggi processuali_. estr. dall'_Arch. giur._ 1906, pag. 18 ed autori ivi citati, a cui si possono aggiungere: _Coviello_, _Dei moderni metodi d'interpretazione della legge_. S. M. Capua Vetere 1908; _Stier-Somlo_, _Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung_, Tübingen 1908.

(1) Cfr. V. _Scialoia_, _Del diritto positivo dell'equità_, Cameri-

mina le esigenze a cui deve rispondere il diritto, ma per sé è impotente a creare la norma giuridica, e quindi non si può considerare come una fonte formale di diritto. Chi crede il contrario,[1] riconosce necessariamente l'esistenza di un diritto superiore al diritto positivo, una specie in sostanza di nuovo diritto naturale o ideale o razionale.[2]

d) i principi generali di diritto, intesi nel solo modo in cui è possibile intenderle, come i principi generali del diritto positivo, sono le norme già ottenute mediante il processo di generalizzazione, dell'analogia

---

no 1880; Fadda, L'equità e il metodo nel concetto di giureconsulti romani, Macerata 1881; Fadda e Bensa, Note alle Pandette del Windscheid pag. 136 e segg. A. Scialoia. Le fonti, pag. 60-61.

(1) Così Adickes, Zur Lehre von Rechtsquellen insbesondere über Vernunft und die Natur der Sache als Rechtsquelle Cassel 1872, pag. 22 e segg.; Behrend, na Lehrb. pag. 71 e 85; Goldschmidt, Handbuch. pag. 301 e segg. Vivante Trattato, I n. 25; Geny, Interpretation et sources, pag. 178 e segg.

(2) V. Rocco. Interpretazione delle leggi processuali, pag. 17. A. Scialoia. Le fonti e l'interpretazione, pag. 57 e segg.; Franchi, Commentario, pag. 6 nota 7. Regelsberger, Pandekten, pag. 68; Anzilotti, La responsabilità dello Stato, pag. 30, Navarrini, Trattato elem. I pag. 30.

---

giur.ca In questa ulteriore generalizzazione che oltrepassa l'analogia di legge e di diritto, si procede, naturalmente, per gradi; e così, passando attraverso ai principi generali di ciascun ramo di diritto (principi generali del diritto civile, del diritto penale, del diritto amministrativo ecc.), che formano obietto della parte generale di ciascuna disciplina giuridica, si giunge fino ai principi generali di tutto il diritto positivo, il cui studio è riservato alla scienza generale del diritto o teoria generale del diritto. In questo modo intesi, è chiaro che i principi generali del diritto non sono norme nuove, e perciò tanto meno sono fonti di diritto, ma sono norme già implicitamente contenute nel sistema.(1)

c) le leggi straniere, infine hanno anch'esse la doppia funzione di servire all'interpretazione del diritto italiano in quanto questo ne abbia accolto i principi, e alla riforma della legislazione, in quanto abbiano già sentito e sodisfatto le nuove esigenze della vita commerciale, ma non avendo autorità di legge in Italia, non sono diritto positivo italiano, nè fonte formale di diritto in Italia.

§10 La legge commerciale.

Legge commerciale è la norma emanata dagli organi

(1) Sui principi generali v. V. Scialoia, Del diritto positivo e della equità, pag. 24; Fadda e Bensa, Note pag. 128 e segg. Rocco, Intorno alla carattere del diritto commerciale, pag. 17

dello Stato investiti della funzione legislativa, destinata particolarmente a regolare la materia di commercio. Vi sono, come in parte abbiamo già veduto, due categorie di leggi commerciali.

a) Vi sono leggi che regolano esclusivamente la materia di commercio; esse contengono norme eccezionali, costituenti altrettante deroghe alle norme del diritto civile, le quali valgono unicamente per la materia di commercio, e non si possono estendere, neppure per analogia, ai rapporti civili. Appartengono a questa categoria di leggi tutte le disposizioni che regolano rapporti i quali non possono essere che commerciali (per es. la cambiale, i riporti, gli affari marittimi, il deposito nei magazzini generali[1] ecc.), e tutte quelle che regolando

---

(1). A. Scialoia, Le fonti, pag. 64 afferma che queste norme non sono di diritto eccezionale, ma di diritto comune, sebbene convenga poi nella conclusione, che esse non sono applicabili fuori della materia di commercio. Sarebbero di diritto comune, in quanto regolando esse istituti esclusivamente commerciali, non esistono nel diritto civile norme corrispondenti, che possono fungere da norme di diritto comune. La inapplicabilità loro alla materia civile dipenderebbe solo da ciò che gli istituti da esse regolati non esistono come istituti puramente civili. Il ragionamento è molto ingegnoso, ma non lo riteniamo esatto. Esso presuppone che questi rapporti, così detti obiettamente commerciali, siano come una creazione del dir.

rapporti i quali possono essere anche civili (p. es. la vendita, il pegno, il mandato) stabiliscono norme particolari ai medesimi, quando assumono carattere commerciale.

b) Vi sono leggi che regolano principalmente e direttamente, ma non esclusivamente la materia di commercio; esse contengono norme le quali benchè siano pure scritte per la materia di commercio, sono però applicazioni particolari di principi più generali, di cui altre particolari applicazioni si trovano nel diritto civile, e che possono perciò considerarsi come comuni alla materia civile e alla commerciale; queste norme sono suscettibili di estensione analogica dalla materia commerciale alla civile. Appartengono a questa categoria di leggi commerciali tutte le disposizioni che regolano i rapporti, i quali possono essere anche civili, (come i telegrammi, la conclusio

---

commerciale, dimodochè, se non fossero disciplinati dal dir. commerciale, non potrebbero trovare nelle norme del diritto civile alcun riconoscimento e alcuna regolamentazione. Ora è questo appunto che ci sembra per lo meno assai dubbio. Vi sono sempre nel diritto civile norme applicabili a questi rapporti, le quali costituiscono appunto il diritto comune di essi, mentre le norme del dir. comm. ne rappresentano il diritto speciale o eccezionale. Tanto è ciò vero che, anche per questi rapporti, mancando la norma di dir. comm. si applicano le norme di diritto civile.

ne dei contratti, la mediazione), con norme che sono derivazioni ed applicazioni di principi già contenuti nel diritto civile.

All'infuori di queste due categorie di leggi commerciali non ve ne sono altre; tutte le norme che, pure applicabili in materia di commercio, non regolano principalmente e direttamente la materia di commercio, non sono leggi commerciali. Non sono perciò leggi commerciali le disposizioni del codice o di altre leggi civili che si applicano in materia di commercio quando manca una norma di dir. comm. scritto o consuetudinario (art. 1 cod. di comm). E neppure sono leggi commerciali le disposizioni del codice o di altre leggi civili richiamate dal codice di commercio o da un'altra legge commerciale. Questi richiami sono frequenti: così l'art. 67 cod. di comm. richiama l'art. 1165 cod. civ.; l'art. 107 cod. di comm. richiama gli art. 1720-1723 cod. civ.; l'art. 365 cod. di comm. richiama gli art. 1757 e segg. cod. civ.; l'art 773 cod. di comm. richiama gli art. 1995 e segg. cod. civ.; l'art. 916 cap. 1° cod. di comm. richiama gli art. 2123 e segg. cod. civ. Tuttavia questo richiamo non vale a trasformare la norma di diritto civile in legge commerciale; esso ha un effetto più limitato; quello di derogare parzialmente alla regola dell'art. 1 che riconosce forza obbligatoria agli usi nel campo del diritto commerciale.[1] Con quel richiamo si esclude l'ap-

(1) L'opinione propugnata nel testo che le leggi civili richia-

plicabilità degli usi, e si rende perciò immediatamente applicabile il diritto civile in materia commerciale nella mancanza di una norma legislativa commerciale. L'effetto pratico è <u>in parte</u> identico a quello che si avrebbe se si dovessero considerare le norme così richiamate come leggi commerciali, non però <u>in tutto identico</u>; rimane, ad es, sempre questa differenza: che l'analogia tratta dalle leggi commerciali vere e proprie dovrà sempre prevalere, a queste disposizioni del diritto civile richiamate, mentre non prevarrebbe, se si trattasse di vere leggi commerciali. Del resto la distinzione delle leggi civili richiamate ha sempre un rilevante valore teorico; non può essere considerata come legge commerciale una norma non destinata particolarmente a regolare la materia di commercio; se si dovessero considerare come norme commerciali tutte quelle che regolano <u>anche</u> la materia di commercio, tutto il diritto civile dovrebbe considerarsi come diritto

---

mate non siano da considerare leggi commerciali, fu messa innanzi da <u>A. Scialoia</u>, <u>Fonti</u>, pag. 11-12. Crediamo però si debba determinare con vieppiù precisione la ragione e la portata del principio (ad es. lo <u>Scialoia</u> non fa differenza, quanto agli <u>effetti</u> pratici fra leggi commerciali e leggi civili richiamate). Contro la dottrina di gran lunga dominante: v. <u>Vivante</u>, <u>Trattato</u>, I, n. 4 e 21; <u>Franchi</u>, <u>Comment</u>. n. 5, <u>Bolaffio</u>, <u>Comm.</u> pag. 32.

commerciale, e la destinzione tra questi due rami del diritto rimarrebbe eliminata.

Da tutto ciò consegue che una legge è destinata direttamente a regolare rapporti commerciali, ed è una legge commerciale; o non è destinata direttamente a regolare rapporti commerciali, ed è una legge civile. Fra queste due specie di leggi, non v'è posto per una terza categoria di leggi nè commerciali, nè civili. Tertium non datur. Si parla, è vero, da taluni scrittori, di norme di diritto privato comune o generale[1], che regolerebbero tutti in genere i rapporti privati, senza distinguere i civili dai commercialiti Ma questa terza categoria di norme, distinta così dalle norme commerciali, come dalle civili, non esiste: una norma infatti che è destinata a regolare tutti in genere i rapporti privati, è una norma di diritto civile perchè il diritto civile è appunto il diritto comune dei rapporti privati. Quando si parla dunque di diritto privato comune o regolare, non si può alludere che al diritto civile. In questo senso, e solo in questo senso, esiste un diritto privato comune, non come qualche cosa di distinto dal diritto civile.[2]

---

(1) Così Bolaffio, Comm. pag. 32; A. Scialoia, Fonti, pag. 12.-

(2) Certo fra le norme di diritto civile ve ne sono alcune che non possono mai regolare rapporti commerciali,

Dicemmo che sono commerciali le leggi che regolano <u>particolarmente</u> la <u>materia di commercio</u>. È dunque dal contenuto di ogni legge, dalla natura dei rapporti che esso regola, che bisogna desumere il suo carattere, e non soltanto dal <u>titolo</u>, il quale può valere tutt'al più come un segno dell'intenzione del legislatore. Per decidere poi se la materia regolata dalla legge è <u>materia commerciale</u>, bisogna - come si è detto - far capo al codice di commercio, e vedere se i rapporti che la legge regola, sono rapporti derivanti da atti che - a norma del codice di commercio - debbono ritenersi d'indole commerciale.

Poichè decisivo per la <u>qualificazione</u> della legge è il suo contenuto, la materia sulla quale dispone, si comprende come <u>legge commerciale</u>, non sia solo il codice di commercio. Leggi commerciali sono:

---

perchè regolano rapporti che di loro natura non possono mai assumere carattere commerciale (es. i rapporti di famiglia); mentre ve ne sono altre che possono anche applicarsi in materia commerciale, perchè regolano rapporti, i quali possono <u>anche</u> assumere carattere commerciale. Ma ciò non vuol dire che queste ultime norme siano norme di diritto privato comune anzichè di diritto civile. Restano norme di diritto civile, perchè il diritto civile è il diritto comune dei rapporti privati, ed è una mera accidentalità se questi rapporti talune

a) in prima linea il codice di commercio.

b) le leggi speciali che regolano la materia commerciale. A queste leggi speciali rinvia l'art. 2 cod. comm. Fra le più importanti citiamo: il codice per la marina mercantile, testo unico pubblicato con R. D. 24 Ottobre 1877; col relativo regolamento appr. con R. D. 20 novembre 1879; il Regolamento per la esecuzione del cod. di comm. appr. con R. D. 27 dicembre 1882, il quale in alcuni punti, come ad es. nelle disposizioni riguardanti le borse e i mediatori, ha carattere legislativo; la legge 17 maggio 1866 sulle fiere e mercati; le leggi 3 luglio 1871 e 3 aprile 1882, ora fuse nel testo unico approvato con R. D. 17 dicembre 1882, sui magazzini generali; legge 6 agosto sui punti o depositi franchi; la legge 20 Gennaio 1910 sulla navigazione interna; la legge 20 marzo 1910 sulle camere di commercio col relativo regolamento 12 febbraio 1911; le leggi sulla proprietà industriale vale a dire: la legge 30 agosto 1868 sui marchi e segni distintivi di fabbrica col relativo Regolamento, 7 febbraio 1869; la legge, pure, del 30 agosto 1806 sui disegni e modelli di fabbrica; la legge sulle privative industriali del 30 ottobre 1859, modificata colle leggi

---

volte ripugnino, talune altre non ripugnino all'idea del commercio.

---

31 gennaio 1864 e 4 agosto 1894. Citiamo ancora le leggi in materia bancaria: così la legge 30 agosto 1893 sul riordinamento degli istituti di emissione, il R.D. 10 aprile 1910 che approva il testo unico delle leggi sugli istituti di emissione; le leggi sul credito fondiario, testo unico pubblicato con R.D. 22 febbraio 1885; la legge sul credito agrario, 23 gennaio 1887; la legge 1888 sulle casse di risparmio e il relativo Regolamento, 21 gennaio 1897; la legge sui monti di pietà 4 maggio 1898. In materia di trasporto sono importanti: la legge 27 aprile 1885 per l'esercizio delle reti mediterranea, adriatica e sicula, e specialmente le tariffe e condizioni specificate negli allegati D e E: e la convenzione internazionale di Berna per i trasporti internazionali su strada ferrata del 14 Ottobre 1890, resa esecutiva in Italia con legge 15 dicembre 1892; e le leggi 22 aprile 1905 e 7 luglio 1907 sull'ordinamento dell'esercizio di Stato delle ferrovie, la legge 24 marzo 1903 sul concordamento preventivo e i piccoli fallimenti.

c) Infine le disposizioni di altri codice e specialmente del codice civile, che regolano la materia commerciale. Così ad es: cod. civ. art. 284, 1232, cap. 1ª; 1324 cap; 1328, 1329, 1341 cap; 1513 cap; 1831; 1890; 1958; num. 8 e 9: cod. proc. civ. art. 91 cap; 137, 156, 157. Anche queste disposizioni sono leggi commerciale in quanto si riferiscono alla materia di commercio.

Il decidere poi se, nei singoli casi, la di-

sposizione contenuta in un'altra legge o in un altro codice sia una disposizione di diritto commerciale, se cioè si riferisca alla materia di commercio, così come è determinata dal codice di commercio, è una questione d'interpretazione. Per risolverla, bisogna stabilire se il legislatore volle porre una norma speciale per la materia di commercio. Così per es. fu da qualche scrittore e da qualche sentenza ritenuto che le disposizioni degli art. 1450 e 1451 del codice civile siano leggi commerciali perchè esse trattano della vendita di mercanzie vendute a peso, numero e misura, oppure in massa, e considerando le cose oggetto del contratto come merci, ossia come cose destinate al traffico mercantile, si deve di necessità riferirle alla materia commerciale.[1] Ma in contrario fu giustamente osservato che la parola "mercanzia" non ha nella nostra legislazione un significato così tecnicamente preciso, da doversi riferire in ogni caso alla vendita commerciale; mentre d'altro canto si possono vendere a peso, numero e misura ovvero in massa, anche cose che possono non costituire affatto oggetto di una vendita commerciale.[2]

---

(1) Vivante, Trattato, n. 6: Cass. Roma, 14 novembre 1893 nella Giurisprudenza italiana 1894, 1, 474.

(2) Bolaffio nella Temi 1902, 61; Comm. pag. 32 nota 1; A. Scialoia, Fonti, pag. 1213, Cass. Firenze, 23 dicembre 1901, nella Temi 1902, 61. L'importanza pratica della questione sta principalmente, come al solito, in ciò, che se si ritengo

Egualmente, fu affermato da parecchi scrittori, che siano leggi commerciali, e a questo titolo sottratte alla forza derogatrice dell'uso, tutte le disposizioni del titolo IV libro 3° del codice civile (art 1097 - 1377), dove sono contenute le norme sulle obbligazioni e sui contratti. Questa opinione si basa sull'art. 1103 del codice civile, il quale stabilisce: "I contratti abbiano o non abbiano una denominazione particolare, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto di questo titolo. Le regole particolari a certi contratti civili, sono stabilite nei titoli relativi a ciascuno di essi, e quelle proprie delle contrattazioni commerciale, nel codice di commercio." Da ciò si vuol desumere, che la legge fa per le regole particolari a ciascun contratto una destinazione che non fa per le regole generali, le quali perciò, devono considerarsi comuni a tutti i contratti, tanto civili quanto commerciali, e sono quindi, in quanto s'applicano ai secondi, leggi commerciali. Ma la conclusione non è affatto giustificata dalla premessa. La legge dice semplicemente che le regole generali sulle obbligazioni si applicano tanto in materia civile quanto in materia commerciale; ora ciò significa solo che quelle norme sono norme di diritto privato comune, il che è quanto dire, di diritto civile, perchè, abbiamo veduto, il di

---

no gli art. 1450, 1451 leggi commerciali, gli usi non possono derogarvi.

ritto comune dei rapporti privati, è, appunto, il dir. civ.[1] Ciò non vuol dire che tutte le disposizioni del titolo IV libro 3° del cod. civ. possono essere derogate dall'uso; vedremo in seguito che la consuetudine commerciale non può derogare alle norme cogenti del dir. civ.; ciò basta per escludere che l'uso possa far breccia nei rapporti essenziali delle obbligazioni e dei contratti, per sottrarre buona parte di quelle norme alla forza derogatrice degli usi.

§11. Gli usi commerciali.

Il problema della natura, della forza obbligatoria e della applicazione degli usi in materia commerciale, non va confuso col più vasto, più generale ed anche più arduo problema del valore della consuetudine come fonte di diritto parallela alla legge, nell'ordinamento giuridico moderno. Il problema della consuetudine è, in parte, un problema di teoria generale del diritto, in parte un problema di diritto pubblico; esso importa che si stabilisca quale sia il carattere della norma giuridica; come possa la volontà collettiva, di cui la norma è espressione, manifestarsi tacitamente col fatto della effettiva osservanza di questa; a quali requisiti debbano in conseguenza, ri-

---

(1) Nel senso del testo: Vivante, Trattato I n. 6; Franchi, Comm. n. 5; A. Scialoia, Fonti pag. 13-15. Contro Bolaffio, Comm. n. 7 e 8; Vighi nella Temi veneta, 1899, 325 e segg.; Sraffa, nella Giurisprudenza italiana 1898, IV, 360

spondere gli atti in cui si concreta questa tacita mani-
festazione della volontà collettiva: se ed entro quali limiti
sia compatibile con l'odierna organizzazione dello Sta-
to la creazione di una norma giuridica per opera di-
retta dei consociati, anzichè per mezzo dello Stato e dei
suoi organi. Tutte queste controversie comuni al dirit-
to pubblico e al privato restano fuori della nostra consi-
derazione. E ciò non perchè esse non si presentino nel
campo della materia commerciale: anche qui, al con-
trario, può farsi e si è fatta la questione, se la consue-
tudine possa derogare dalla legge (che è il punto cen-
trale di tutto il problema del valore e della forza ob-
bligatoria della consuetudine) ma perchè, in realtà non
esiste un problema della consuetudine commerciale; e-
siste un problema della consuetudine, che, sotto questo
punto di vista, è identico in tutti i campi del diritto.
Più semplice, e profondamente diverso, è, invece il pro-
blema della efficacia giuridica degli usi commerciali,
secondo l'art. 1 del codice di commercio. Qui non si
tratta più della formazione di una norma giuridi-
ca all'infuori della legge per opera diretta dei conso-
ciati anzichè per opera dei poteri legislativi dello Sta-
to. Qui abbiamo una disposizione di legge; quella del-
l'art. 1, la quale dà espressamente forza obbligatoria a-
gli usi, nei casi e nelle materie, in cui la legge com-
merciale non disponga. È dunque evidente. Gli usi, di
cui parla l'art. 1, non hanno forza obbligatoria per sè,
ma solo in quanto l'art. 1 li dichiara applicabili.

Siamo dunque all'infuori assolutamente del campo della consuetudine: di consuetudine, come fonte di diritto parallela alla legge, si può parlare solo in quanto possa dall'osservanza effettiva dei consociati, desumersi una norma, che è espressione diretta della volontà collettiva, e quindi obbligatoria <u>per sè</u>. Quando invece abbiamo un testo di legge, che, invece di formulare con precisione la norma, si rimette agli <u>usi</u>, o a <u>quel che si pratica</u>, noi dobbiamo confessare che la somiglianza fra questo caso e quello della consuetudine non va oltre il nome. In realtà questa ipotesi del richiamo agli usi, giuridicamente non ha nulla di diverso di tutti quegli altri casi, in cui la legge si riferisce, per la determinazione del contenuto della norma, ad un elemento estraneo ad essa. Questo avviene quando la legge riconosce efficacia giuridica alla volontà privata, come ad es. quando prescrive che i contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti (cod. civ. art. 1123), o quando stabilisce che ciascuno può disporre per testamento di tutta o parte delle proprie sostanze per il tempo in cui avrà cessato di vivere (cod. civ. art. 759). Questo avviene quando la legge si rimette all'arbitrio del giudice per la regolamentazione d'uno speciale rapporto (cod. civ. art. 544). Questo avviene infine tutte le volte che la legge si rimette a quanto stabilisce <u>l'uso</u> (cod. civ. art. 580, 582, 1124, 1505, 1608, 1654). In tutti questi casi, non esiste una norma contrattuale, o testamentaria o giudiziale o consuetudinaria, distinta dalla norma legale. Il

contratto, il testamento, la decisione del giudice, l'uso non sono fonti di diritto accanto alla legge: esse non cercano la norma, ma forniscono alla norma legale il suo contenuto. In tutti questi casi la legge pone una norma giuridica, che si potrebbe chiamare <u>in bianco</u> una norma a contenuto indeterminato, la cui determinazione è rimessa alla volontà privata, o al giudice, o all'uso.

Nulla di diverso accade per gli usi commerciali, richiamati dall'art. 1 cod. di comm. Questo articolo stabilisce una norma a contenuto indeterminato, la cui determinazione spetta appunto agli usi. Gli usi commerciali non sono dunque fonte di diritto distinta dalla legge commerciale e ad essa parallela: essi non hanno forza di creare <u>per sè</u>, norme giuridiche, <u>ma hanno la più modesta funzione di fornire il contenuto</u> alla norma generale dell'art. 1.

Tutto ciò premesso, noi possiamo determinare con maggior precisione quali siano gli <u>usi</u> a cui si riferisce l'art. 1.

L'espressione "uso" ha un significato molto largo, che va dalla semplice <u>abitudine individuale</u> fino alla vera e propria <u>consuetudine giuridica</u>. In ampio senso "uso" è infatti ogni cosciente e <u>prolungata ripetizione</u> di atti volontari, la quale ripetizione può essere un fatto meramente individuale, fondato sulla maggior facilità che offre la ripetizione di un atto già compiuto, di fronte al compimento di

un atto nuovo (abitudine); oppure un fatto sociale, fondato sulla forza dell'abitudine e su quella dell' imitazione. Dal punto di vista del diritto, nella serie degli usi si possono distinguere tre gruppi ben diversi.

a) In primo luogo quegli usi individuali e sociali, che traggono ogni loro efficacia dal fatto che costituiscono indizio di una certa volontà: quella che opera giuridicamente è appunto la volontà, la cui esistenza, l'uso fa presumere. Un tal significato possono assumere così le pratiche o abitudini individuali, come le pratiche o abitudini generali. Se una determinata persona con la ripetizione dei medesimi atti, suole manifestare una determinata volontà è logico presumere che quella serie di atti risponda ad una volontà costante, che, pertanto, la volontà esista anche quando, in un singolo caso, manchi la manifestazione corrispondente. Se ad es. nei loro rapporti di affari due commercianti si sono sempre regolati in un determinato modo, è lecito presumere che allo stesso modo essi vogliano regolarsi anche per l'avvenire. Egualmente, se in un cerchio più o meno ampio di persone, tutti coloro che compiono un determinato atto giuridico, lo compiono con certe modalità, manifestando una volontà identica, è logico presumere che quel modo di comportarsi risponda ad una volontà generale e che perciò tutti coloro che appartengono al

gruppo, vogliano allo stesso modo, sebbene possa mancare, nei singoli casi, una manifestazione espressa di questa volontà.

Tutti questi usi, la cui efficacia sta appunto nella presunzione di volontà che ne deriva, si chiamano <u>usi interpretativi</u> (da taluni chiamati, meno bene, <u>usi di fatto</u> o <u>usi contrattuali</u>) si tratti di abitudini individuali o generali. Dal punto di vista giuridico, questi usi vanno considerati alla stessa stregua: essi agiscono, creando presunzioni di volontà, e gli effetti giuridici che ne derivano appunto dalla volontà, che essi fanno presumere. Di qui due conseguenze:

1º è sempre possibile combattere la presunzione di volontà che deriva da questi usi, dimostrando che nel caso concreto, la volontà fu diversa;

2º finchè la presunzione non è combattuta, l'uso ha il valore di una dichiarazione di volontà; e come tale può derogare alle norme di legge dichiarative o permissive.

b) Il secondo gruppo di usi è quello la cui efficacia giuridica deriva da ciò che essi sono richiamati dalla legge. Essi sono obbligatori, in quanto formano il contenuto di una norma legislativa. Questi usi hanno il valore di una norma giuridica, non perchè costituiscano per se stessi norme giuridiche, ma perchè formano il contenuto di una disposizione di legge. Di solito la legge, in questi richiami assume a suo contenuto abitudini generali, ma non è escluso il

caso che essa si riferisca invece ad abitudini individuali (es. cod. civ. art. 486). In questi casi la legge, invece di dettare una disposizione concreta, eleva a norma di condotta obbligatoria la pratica generale o anche individuale, in quanto ritiene difficile determinare a priori le esigenze di taluni rapporti, e più semplice rimettersi a quella sistemazione di fatto, che le esigenze stesse di tali rapporti determineranno in avvenire. Questi usi da un canto obbligano indipendentemente dalla volontà privata, per forza di legge (e non vale perciò addurre che nei singoli casi le parti non abbiano voluto riferirsi), dall'altro, appunto perchè obbligano, in quanto la legge li richiama, e la legge li richiama, perchè non detta una disposizione apposita, non si applicano, che in <u>mancanza</u> di una disposizione di legge, e non possono in alcun caso derogare alla legge.

c) Il terzo gruppo di usi è dato da quelle abitudini generali, che hanno acquistato veramente carattere di consuetudine giuridica, in quanto appaiono come frutto della effettiva osservanza di una norma tacitamente posta dalla volontà collettiva. Questi usi obbligano <u>per sè</u>, all'infuori e al di sopra della legge, e come fonte di diritto uguale e parallela alla legge, hanno, di necessità anche forza di derogare alla legge.

Di queste tre categorie di usi, è chiaro, gli usi, di cui parla l'art. 1, sono precisamente, quelle abitudini o pratiche generali che, richiamate da un

testo di legge, vengono a formare il contenuto di una disposizione legislativa, e a <u>questo titolo</u>, obbligano. Essi si distinguono dagli usi <u>interpretativi</u>, perchè il fondamento della loro forza obbligatoria sta direttamente nella legge che li richiama e non nella presunta volontà delle parti; si distinguono dalle vere consuetudini giuridiche perchè non sono norme giuridiche autonome, ma costituiscono il contenuto di una norma legislativa.

Diciamo, ora, di questi <u>usi richiamati dalla legge.</u>

<u>Usi richiamati dalla legge.</u> Il fondamento della forza obbligatoria degli usi richiamati sta nella norma di legge che li richiama. In questo caso l'uso non è per sè norma giuridica, ma diventa norma giuridica, in quanto una disposizione legislativa gli conferisce forza obbligatoria. In sostanza l'uso qui ha la funzione di <u>determinare il contenuto</u> di una disposizione di legge. Questa posizione dell'uso di fronte alla legge, non solo spiega la ragione, ma determina i limiti della sua forza obbligatoria. Sui quali in sostanza, si può dir questo: che decisiva rimane sempre la disposizione di legge, che si riferisce all'uso. Ci sono infatti casi, in cui la legge si richiama all'uso, dandogli forza obbligatoria solo in quanto la legge non dispone sulla materia. È l'ipotesi più frequente: così il richiamo generale dell'art.

1 cod. di comm. vale per tutti i casi in cui la legge commerciale non disponga; così il richiamo dell'art. 36 agli usi generali per determinare il termine in cui l'accettazione dell'offerta contrattuale deve giungere al proponente, e i casi in cui una preventiva risposta di accettazione non è necessaria, avuto riguardo alla qualità del contratto, sta, in quanto la legge ha rinunciato a disporre su quei punti; così la misura della provvigione del commissionario che abbia stipulato lo star del credere si determina, come dispone l'art. 387, cap. 2° cod. di comm. secondo gli usi locali, appunto perchè la legge si riferisce agli usi, invece di dare una disposizione diretta; così l'offerta della consegna della merce o del prezzo, per ottenere la risoluzione di diritto alla compravendita deve farsi nei modi usati in commercio (art. 67) perchè la legge si astiene dal dare una norma, e si richiama agli usi. Diciamo che questa è l'ipotesi più frequente, perchè è ben naturale che la legge si riferisca agli usi, appunto in quanto reputa opportuno non stabilire una forma precisa e rimettersi agli atteggiamenti che il rapporto prenderà nella pratica. Ma può darsi anche che la legge ottenga lo stesso scopo per altra via: dando cioè una norma e aggiungendo che questa potrà essere derogata dagli usi. Così per l'art. 30 cod. di comm. il mediatore incaricato di una operazione non è, per ciò solo, autorizzato a ricevere o a dar esecuzione alle obbligazioni dei contraenti, salvo gli u

si contrarii, locali o speciali del commercio. Così per l'art. 69, chi vuole l'adempimento della vendita, anche dopo scaduto il termine essenziale alla natura della operazione, deve darne avviso all'altra parte nelle 24 ore successive alla scadenza del termine, salvo gli usi speciali al commercio. E per lo stesso art. 69 la vendita può effettuarsi nel giorno successivo all'avviso, salvo gli usi commerciali. (V. anche art. 347). In questi casi l'uso può derogare alla legge: o per meglio dire, la legge stessa pone, per la disciplina di un determinato rapporto, una doppia norma; una, in via principale, il cui contenuto è determinato dall'uso; e una, in via subordinata, il cui contenuto è determinato preventivamente dalla legge, e che si applica solo in mancanza della prima. Ma la legge, in quanto si riferisce agli usi, non solo è arbitra di stabilire la loro subordinazione o la loro precedenza alla norma di legge: è arbitra altresì di stabilire quali usi dovranno aver vigore. Vi sono infatti usi di vario genere. Vi sono usi diffusi per tutto il territorio dello Stato (usi generali quanto allo spazio) e usi difusi solo in località ristrette (usi locali). Vi sono usi che comprendono tutti i rapporti di una determinata categoria (usi generali quanto alla materia) e usi che comprendono taluni rapporti soltanto (usi speciali). Tocca alla legge che si richiama agli usi lo stabilire a quali usi intenda riferirsi. Così l'art 1 cod. di comm. si riferisce in prima linea agli usi speciali e

locali, e solo in mancanza di questi agli usi generali. Ma altre volte la legge si riferisce agli usi locali soltanto (cod. di commercio art. 361, art. 337, 336, 549); e in certi casi agli usi di una determinata piazza, ad esclusione di quelli di altre, in cui pure si svolge il rapporto (art. 384: usi della piazza dove il committente fa l'operazione; art. 387; usi del luogo dell'eseguita commissione.) Altre volte la legge si riferisce agli usi speciali (art. 30, art. 69). Altre volte invece si richiama agli usi generali (art. 36, 586). Spesso il richiamo riguarda gli usi, semplicemente (art. 62, 67, 69, 356, 347, 397); nel qual caso si deve per analogia applicare la norma dell'art. 1 e dare la prevalenza agli usi locali e speciali sugli usi generali.

In conclusione, il principio che domina tutta questa materia è che la determinazione della forza obbligatoria dell'uso, è una questione d'interpretazione della norma giuridica che ad esso si riferisce.

Lasciando per ora da parte le varie disposizioni speciali che si riferiscono all'uso, cerchiamo di determinare con precisione la portata dell'art. 1 cod. di comm. molto importante, perchè contiene un richiamo generale agli usi. Questo richiamo generale non è veramente una novità del dir. comm. giacchè anche in diritto civile esiste un richiamo generale analogo per tutta la materia contrattuale; ed esso è contenuto nell'art. 1121 cod. civ. secondo il quale i

contratti obbligano non solo a ciò che in essi è espresso, ma anche a tutte le conseguenze che secondo l'equità, l'uso o la legge ne derivano. Ciò significa che anche nella materia contrattuale civile, in forza del richiamo dell'art 1124, l'uso ha forza obbligatoria, e forma il contenuto di una norma giuridica generale.

Tutto ciò premesso possiamo stabilire quali siano i requisiti dell'uso, secondo l'art. 1.

Intendiamo per requisiti dell'uso le condizioni richieste dalla legge perchè una pratica, cioè il modo con cui un atto viene ripetuto, diventi obbligatoria e formi il contenuto della norma giuridica che lo richiama. Ora questi requisiti, secondo l'art. 1, sono sostanzialmente, quattro.

1°) L'uso deve essere un uso sociale, non un uso individuale. A differenza degli usi interpretativi, i quali, prendendo efficacia dalla volontà privata, possono essere così pratiche sociali, come pratiche individuali, gli usi richiamati non possono essere che pratiche sociali. E ciò per la ragione assai semplice, che il contenuto di una norma giuridica; cioè di un comando generale, non può essere determinata dalla volontà di una o più persone singole. Infatti l'art. 1 richiama appunto gli usi mercantili, vale a dire le pratiche invalse nella classe numerosa e varia delle persone che stabilmente o occasionalmente, esercitano il commercio; e scendendo a specificare quali usi mercantili intende richiamare, stabilisce i casi in cui sono richiamati gli

usi generali, o gli usi speciali, gli usi generali o gli usi locali; orbene anche gli usi speciali e locali (non parliamo dei generali in cui la cosa è evidente) sono usi sociali, cioè invalsi presso una collettività di persone, perchè riguardano, i primi, un dato ramo del commercio, i secondi una data località. Determinato così che l'uso deve essere sociale, rimane a dire che s'intende per uso sociale. Definimmo l'uso in genere come la cosciente ripetizione di un atto volontario. Questo concetto, che comprende così gli usi individuali come gli usi sociali, implica in ogni specie di uso, un doppio elemento. Anzitutto un elemento obiettivo o materiale; la uniformità del comportamento esteriore. In secondo luogo, un elemento subbiettivo o spirituale: la coscienza di questo comportamento. Non basta dunque che sia più volte compiuto nello stesso modo lo stesso atto volontario; bisogna che ciascuna volta l'atto sia posto in essere in quello stesso modo, non già per una combinazione fortuita, ma consciententemente, deliberatamente.

Applicando questi concetti agli usi sociali noi possiamo determinare nel seguente modo i due elementi che concorrono a formarli.

a) L'elemento obiettivo materiale consiste nel fatto esteriore della ripetizione, da parte dei singoli individui che compongono un certo aggregato sociale di un determinato atto in modo da farlo apparire come

un _comportamento uniforme della collettività_. Quindi non è necessario che siano gli stessi individui a ripetere il medesimo atto: anzi, la ripetizione assumerà il carattere di condotta generale uniforme, solo se individui diversi, in contingenze analoghe, si comporteranno identicamente. È necessario invece che lo stesso atto sia compiuto, non già da alcuni o pochi appartenenti alla collettività, _ma da tutti o quasi tutti_ coloro che _abbiano occasione e possibilità di compierlo_. È necessario inoltre che l'atto sia _compiuto allo stesso modo_, affinchè il comportamento di ciascuno di coloro che lo compiono appaia come la ripetizione del comportamento di altri che in ciò li precedettero. È necessario infine che questa ripetizione si prolunghi _per un certo tempo_, in modo che l'atto appaia come un comportamento della collettività, che è un aggregato stabile e permanente di individui. In conclusione, non può dirsi che vi sia un comportamento uniforme della collettività, se il comportamento non è _generale_, _costante_ e _durevole_.(1)

---

(1) L'esistenza di questi requisiti della _generalità_, _costanza_ e _durevolezza_ deve intendersi, non in senso materiale, ma in relazione allo scopo, per cui sono richiesti. Tutti e tre sono necessarii _per dimostrare l'esistenza di un comportamento uniforme della collettività_. Quindi un determinato comportamento deve dirsi diffuso generalmente, malgrado che, in singoli casi, vi siano state delle divergenze: tutto sta nel vedere se i casi divergen-

b) L'elemento subiettivo e spirituale, consiste nella coscienza, da parte di ciascun consociato, che compie un atto uniforme, di ripetere un atto compiuto in quel

---

ti siano in minore o maggior numero dei casi conformi, in modo da costituire l'eccezione o la regola (cfr. Regelsberger, Pandekten, pag. 95). Egualmente un comportamento deve dirsi costante quando gli atti che lo compongono, e che sono ripetuti, sono approssimativamente gli stessi. Infine un comportamento è durevole, se si mantiene costante per un certo tempo, senza che si possa fissare a priori, il numero di anni che deve durare. Non crediamo però che nel determinare l'esistenza dell'elemento materiale o esteriore dell'uso, debba aversi riguardo all'intenzione con cui i singoli atti sono compiuti (così A. Scialoia, Fonti e interpretazione pag. 25 e segg.). L'intenzione servirà a provare l'esistenza dell'elemento spirituale o subiettivo, ma l'elemento esteriore od obiettivo, deve risultare dalla osservazione dei fatti materiali. Se l'uso deve constare di un elemento esteriore e di uno interiore, è chiaro che il primo non può essere dato che da un complesso di atti esteriori. Tuttavia parecchi dei risultati a cui giunge A. Scialoia si giustificano egualmente mediante il concetto sopra accennato, che l'esame dei singoli atti va fatto in relazione al fine della ricerca, che è quello di accertare l'esistenza di una condotta uniforme, non nei singoli, ma nella collettività.

modo, e quindi con la volontà di seguire un precedente. In altri termini la conformità dell'atto singolo agli altri, il cui complesso costituisce una condotta sociale uniforme, non deve essere fortuita, ma cosciente e voluta. La somma delle coscienze individuali della conformità dell'atto singolo alla condotta generale, crea quella che si può chiamare la coscienza collettiva della uniformità di una determinata condotta.
Questa coscienza e volontà di compiere un atto conforme all'uso invalso, non è ancora la coscienza e volontà di osservare una norma giuridica, cioè una norma di condotta irrefragabilmente obbligatoria (opinio iuris atque necessitatis) La volontà di osservare una norma giuridica sarà necessaria nella consuetidine vera e propria, non è necessaria perchè si abbia un uso sociale la cui forza obbligatoria risiede tutta nella norma di legge che lo richiama. Rispetto agli usi sociali è necessario e sufficiente qualche cosa di meno: la semplice coscienza e volontà di fare quel che fanno e che hanno fatto gli altri, per sola forza di tradizione e di imitazione, indipendentemente da ogni idea di obbligo giuridico.[1]

---

(1) Non annoveriamo perciò fra i requisiti degli usi richiamati dall'art. 1 cod. di comm. quello della opinio iuris, cioè della volontà di osservare una norma giuridica. Questo requisito richiesto dalla dottrina più diffusa ed

Ma che dovrà dirsi allora di quelle pratiche che si seguono, non già con l'intenzione di osservare una norma giuridica, e di rispettare un diritto altrui, ma per mero spirito di condiscendenza e di liberalità, come gli abbuoni, le dilazioni, i favori conceduti alla propria clientela (doni di capo d'anno, ribassi a chi paga puntualmente, proroghe a chi fa nuovi acquisti invio delle merci a domicilio ecc. ecc.)? V'è chi sostiene che tali pratiche non diventano mai obbligatorie.[1] Ma io credo che si debba distinguere. Quando la pratica abbia tutti i requisiti obiettivi e subiettivi, di un uso sociale, non si può negare la sua obbligatorietà in base al richiamo dell'art. 1 cod. di comm. Quando invece la pratica non abbia le condizioni necessarie di diffusione, costanza e durevolezza, o essa risulti da atti non compiuti con la coscienza di seguire una abitudine invalsa; in sostanza, quando, in_

---

autorevole (v. Vivante, Trattato, I num. 10; Goldschmidt Handbuch, pag. 329 testo e nota 23; Franchi, Comment, pag. 16-17) é superfluo per noi che facciamo risiedere tutta la forza obbligatoria degli usi richiamati nella legge, che li richiama. Per la stessa ragione non possiamo accettare l'opinione di A. Scialoia, che si accontenta della coscienza diffusa della esistenza di una norma, di cui i singoli atti uniformi rappresentano l'osservanza (Fonti, pag. 23 e segg.)

(1) Vivante, Trattato, num. 11.

vece di un uso sociale, si è in presenza di un uso individuale, solo allora la pratica non diventa obbligatoria. L'intenzione di fare un atto giuridicamente obbligatorio o facoltativo è del tutto indifferente, in quanto gli usi richiamati dall'art. 1, non sono obbligatorii per virtù propria, ma in forza della disposizione di legge che li richiama.(1)

2º Ma non basta che si tratti di un uso sociale, perchè una pratica acquisti forza obbligatoria, in virtù del richiamo dell'art. 1; bisogna che si tratti di una pratica legittima risultante cioè da atti consentiti dal diritto. L'art. 1, riferendosi agli usi, non intende già di legittimare qualunque uso; esso non abroga nessuna delle norme giuridiche che regolano la condotta dei cittadini, le quali perciò rimangono

---

(1) A. Scialoia. Le fonti, pag. 30, che richiede pure la coscienza dell'esistenza di un dovere giuridico, ammette, anche a proposito di queste pratiche così dette di tolleranza, che tale coscienza basta che esista nella generalità, a nulla rivelando lo stato d'animo individuale. L'opinione più recisa professata nel testo che la coscienza di un dovere giuridico non sia necessaria, e gli atti anche di condiscendenza diventino obbligatorii, in virtù dell'art. 1, quando abbiano raggiunto i requisiti di un costume sociale è accolta dalla giurisprudenza. App. Bologna, 19 sett. 1900, Temi 1901, 65; App. Milano, 2 dic. 1903; App. Venezia 6 luglio 1901, Temi 1901, 534.

pienamente in vigore e debbono essere osservate, insie_ me all'art. 1.

In altri termini, l'art. 1 presuppone l'osser_ vanza del complesso delle norme costituenti l'ordina_ mento giuridico, e si riferisce, ai soli casi che si so_ no potuti legittimamente formare.

Perchè un uso possa dirsi legittimo occorre: che esso non sia contrario alle norme del diritto pubbli_ co; e che non sia contrario alle norme imperative o co_ genti del diritto privato, commerciale o civile. Una se_ rie di atti illegittimi e quindi invalidi, non può dar luogo alla formazione di un uso, a cui una nor_ ma di legge possa riferirsi.

3°) Inoltre occorre che l'uso non sia contrario alle norme, anche semplicemente dispositive della legge commerciale. Questo terzo requisito, è richiesto esplicita_ mente dall'art. 1 cod. di comm. Il quale si riferisce agli usi appunto e solo per l'ipotesi che manchi una norma legislativa in materia commerciale. Que_ sta è la sola ragione della inapplicabilità degli usi nelle materie regolate da norme dispositive della legge commerciale. All'infuori del testo esplicito dell'art. 1, non si può addurre alcun altro motivo di questa regola. Così a torto è stato affermato,(1) che l'applicabilità del_ l'uso è in questo caso esclusa, in virtù della dispo_ sizione dell'art. 5 disp. prel. al codice civile, per cui

---

(1) Bolaffio, Comment. pag. 47; A. Scialoia, Fonti, pag. 29.

le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori".
Questo articolo che mira a togliere efficacia derogatoria o abrogatoria alla consuetudine, non ha nulla a che vedere con la nostra questione. In materia di usi richiamati, di quegli usi cioè che hanno forza obbligatoria, in quanto ad essi si riferisce una norma legislativa, si è fuori dell'ipotesi dell'art. 5, il quale suppone che manchi una disposizione di legge, da cui si possa desumere la deroga ad un'altra norma di legge. In materia di usi richiamati è invece possibilissimo che una disposizione di legge dia efficacia obbligatoria agli usi, con precedenza sulle altre disposizioni regolanti la materia. Più sopra ne abbiamo dato parecchi esempi (cod. di comm. art. 30, 69, 336, 337, 347). Tuttavia è rimesso alle disposizioni di legge che richiama agli usi, e che li può richiamare così per completare la legge, come per surrogarla. E se nel caso dell'art. 1 noi affermiamo che gli usi richiamati non possono derogare alla legge commerciale, ciò è solo perchè l'art. 1 lo stabilisce.[1]

---

(1) Deve perciò ritenersi contraria al testo esplicito dello art. 1 la opinione professata da qualche scrittore (per es. il Vidari, Corso di diritto commerciale, I, num. 138-140) ma oramai abbandonata, per cui l'uso potrebbe derogare alle norme permissive o dichiarative della legge com-

4°) Infine occorre che si tratti di un uso commerciale, come dice l'art. 1, il quale si riferisce appunto agli "usi mercantili". Uso commerciale è una pratica invalsa in materia commerciale. La materia commerciale si determina, come abbiamo visto, secondo le disposizioni degli art. 3, 4 e 6 del cod. di comm.

Quando concorrano tutti e quattro questi requisiti, l'uso acquista forza obbligatoria in virtù della disposizione dell'art. 1 cod. di comm. Esso non è per sè norma giuridica: ma costituisce il contenuto di una norma giuridica. L'art. 1 è una norma giuridica a contenuto variabile, che bisogna appunto ricercare negli usi.

---

merciale, opinione che si appoggia sulla considerazione che se è possibile derogare alla legge col contratto, deve ammettersi altresì che la clausola contrattuale di deroga, divenuta uso, possa anch'essa derogarvi. Questa opinione è da respingersi, perchè alle norme dichiarative della legge commerciale può bensì derogare la volontà delle parti, ma occorre perciò un patto espresso o anche tacito del contratto, mentre gli usi, a cui si riferisce lo art. 1 non sono obbligatori come patti taciti del contratto, ma appunto come pratiche universalmente invalse, anche se ignorate dai contraenti. In questo senso la dottrina di gran lunga prevalente: v. Vivante, Trattato, num. 14; Franchi, Comment. pag. 15; Bolaffio, Comm. pag. 53; A. Scialoia. Fonti, pag. 28.

Dal fatto che l'uso costituisce il contenuto di una norma giuridica, e precisamente di una norma legislativa commerciale, derivano due conseguenze:

1º L'uso commerciale formando il contenuto di una norma di diritto commerciale, deve essere applicato come norma di diritto speciale o eccezionale, e quindi prima del diritto comune o diritto civile. Questa conseguenza è riconosciuta dallo stesso art. 1, che dichiara applicabile, in materia commerciale, il diritto civile solo se la legge commerciale non disponga particolarmente, e non si possa applicare la norma generale dell'art. 1 perchè manchi l'uso, che possa essere richiamato.

2º L'uso commerciale, formando il contenuto di una norma legislativa, obbliga in virtù del richiamo diretto della legge, e non in virtù della volontà privata, di cui sia assunto a indizio o presunzione. Esso obbliga, indipendentemente dalla volontà delle parti, anche se queste non vi si riferiscono neppur tacitamente, e perfino se lo ignorarono.

Ma qui sorge un dubbio. Vi sono usi, i quali non solo obbligano indipendentemente dalla volontà privata, ma contro la volontà privata? In altri termini, esistono usi di tal natura da costituire il contenuto di una norma di diritto imperativo o cogente, e quindi inderogabile dalla volontà privata? A questa domanda ci sembra si debba rispondere affermativamente. La caratteristica delle norme di dirit

to privato imperative o coattive sta in ciò, che in esse la tutela dell'interesse privato offre un lato di pubblico interesse, in virtù del quale è esclusa nel campo di applicazione della norma, l'autonomia della volontà. Ora può accadere benissimo, ci sembra, che una certa pratica si stabilisca e si diffonda appunto per ragioni di utilità generale; così ad esempio, la pratica che impone al principale, il quale vuol licenziare un operaio, di dargli un congruo _preavviso_. Provato che il fondamento di questo uso sta in una ragione di interesse sociale, nella tutela del contraente più debole contro quello economicamente più forte, nulla vieta che si consideri imperativa o cogente la norma giuridica che risulta dal richiamo che l'art. 1 cod. di comm. fa a quest'uso.[1]

Veduto così quali sono i requisiti degli usi richiamati dall'art. 1, vediamo come si possa fornire la _prova_ di questi requisiti. Come si _prova_ in altri termini l'esistenza dell'uso?

Prima di risolvere questo problema, bisogna stabilire la _natura_ di questa prova. La dottrina più diffusa, basandosi sulla considerazione che l'uso è una norma giuridica, afferma che la prova dell'uso è la prova di una norma di diritto, e applica alla prova dell'uso tutte le regole che disciplinano la co

---

(1) In questo senso: Collegio probiviri di Milano (industrie tessili), 27 febbraio 1901, _Mon. dei trib._ 1901. 216. Contro _Bolaffio_, _Comm._ pag. 53.

noscenza del diritto da parte del giudice.[1] Questa opinione è sostanzialmente esatta, ma va, ci sembra, meglio giustificata.

In verità gli usi richiamati dall'art. 1 non costituiscono per sè, norme giuridiche. Abbiamo veduto che essi non obbligano per sè, ma solo in quanto una disposizione di legge vi si riferisce. Tali usi forniscono il contenuto alla norma generale dell'art. 1, ma per sè non sono norma giuridica. Una volta accertata la loro esistenza essi obbligano come norme giuridiche, ma l'accertamento della loro esistenza, non è accertamento di una norma ma è accertamento di un fatto, che serve a determinare la portata della norma dell'art. 1. Una situazione analoga si ha nella prova delle leggi straniere, alle quali si richiama la legislazione interna. Anche le leggi straniere richiamate non sono per sè norme giuridiche interne, ma obbligano, in quanto le leggi interne vi si riferiscono. Anche la prova delle leggi straniere perciò, è prova di un fatto, sebbene abbia per iscopo di determinare il contenuto di una norma di diritto.[2]

---

(1) Vivante, Trattato, n. 16; Bolaffio, Comment. pag. 60 e segg; Franchi, Comm. pag. 20; A. Scialoia, Fonti, pag. 48 segg. Goldschmidt, Handbuch, pag. 342 e segg.

(2) Sulla prova delle leggi straniere, v. specialmente Fedozzi, Il diritto processuale civile internazionale, Bologna 1905, pag. 450 e segg.

Purtuttavia, se l'esistenza dell'uso è un fatto, esso deve distinguersi dagli altri fatti, la cui prova è data in giudizio. L'uso non è il fatto, nè fa parte del fatto, a cui si deve applicare la norma giuridica: l'uso invece è un fatto, che serve a determinare il contenuto della norma giuridica. La distinzione può apparire sottile, ma è esattissima. La funzione giudiziaria, è noto, in quanto è accertamento di diritto cioè è applicazione del diritto, implica un sillogismo, in cui la premessa maggiore è data dalla norma, la minore dal fatto specifico, mentre la conclusione è appunto la decisione, ossia l'applicazione della norma al fatto specifico. Ogni processo di dichiarazione si risolve dunque: nella determinazione della norma giuridica o delle norme giuridiche da applicarsi (determinazione del diritto): nella determinazione del fatto o caso specifico (accertamento del fatto): e nella applicazione del diritto al fatto decisione. Ora l'accertamento dell'uso non fa parte della determinazione del fatto specifico, non è accertamento del fatto della causa, fa parte invece della determinazione del diritto. In conclusione, l'uso è un fatto che serve a determinare il diritto.

Da ciò consegue che alla prova dell'uso si applicano i principii che regolano la determinazione del diritto, ossia della norma giuridica da applicarsi, non quelli che regolano l'accertamento del fatto, a cui la norma deve essere applicata. E perciò:

a) Poichè la determinazione del diritto deve essere fatto d'ufficio dal giudice sugli elementi da lui raccolti (iura novit curia), mentre l'accertamento del

fatto avviene sugli elementi forniti esclusivamente dalle parti (iudex indicare debet secundum allegata et probata) l'accertamento dell'uso, che fa parte della determinazione del diritto, è rimesso alla libera iniziativa del giudice. Il quale perciò non solo può procurarsi d'ufficio tutti gli elementi che crede necessarii per l'accertamento dell'uso, ma può altresì applicare senz'altro l'uso, di cui abbia notizia.

b) L'accertamento dell'uso, non essendo l'accertamento del fatto della causa, non si applicano alla prova dell'uso le regole sull'onere della prova. Non si applica la regola che la prova deve essere fornita da chi ha interesse all'accertamento di un fatto (onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat) e neppure la regola che chi non fornisce la prova del suo assunto vede rigettata la sua domanda (actore non probante, reus absolvitur). Il giudice ha invece l'obbligo di applicare l'uso anche se la prova di esso non è fornita dalla parte che vi ha interesse.

c) La violazione o la falsa applicazione dell'uso può essere dedotta come motivo di cassazione, perché violare o male applicare un uso, non significa apprezzare male il fatto, a cui si deve applicare la norma (compito questo riservato esclusivamente ai giudici del merito), ma significa violare o male applicare la norma giuridica, di cui l'uso costituisce il contenuto. Questa regola non offre difficoltà pratiche quando l'uso sia stato già accertato dal magistrato di me-

rito e si censuri in cassazione solo la sua interpretazio
ne ed applicazione. Ma che dovrà dirsi quando l'esi
stenza dell'uso sia per la prima volta dedotta in cassa
zione? O quando si censuri in Cassazione una senten
za per avere a torto affermata l'esistenza di un uso?
La questione in questo caso si complica per la natura
della Cassazione, che, nel nostro ordinamento giudizia
rio, essendo chiamata a giudicare unicamente del di
ritto, appare disadatta a istuire indagini di fatto. In
vero un procedimento probatorio davanti alla Corte di
Cassazione, regolato dalla legge, non esiste, e bene spes
so non si saprebbe in qual maniera procedere per
accertare l'esistenza dell'uso in Cassazione. Non ne
ghiamo la difficoltà, ma essa non ci sembra tale da
vulnerare il principio. Vi sono certamente <u>talune</u> inda
gini di fatto, che la Cassazione non può compiere (per
es. procedere ad un esame testimoniale, ordinare una
perizia) o, per esser più esatti, che la Cassazione non
può compiere con un procedimento uguale od analo
go al procedimento che si segue davanti ai giudici
di merito (sarebbe ad es: però concepibile che la Cassa
zione sentisse in camera di Consiglio la testimonian
za o il parere di esperti commercianti). Ma è altret
tanto certo che vi sono molte indagini di fatto, che la
Cassazione può compiere, precisamente tutte quelle che
si riducono ad un esame di documenti, e che anche in
altri casi la Cassazione compie (ad es. per la tassazio
ne delle spese: Cod. proc. civ. art. 541-542). In conclu

sione, si può dire che anche la Cassazione può procedere a indagini di fatto per l'accertamento dell'uso, nei modi e nelle forme compatibili col suo ordinamento.

d) Non sono ammissibili per l'accertamento dell'uso, quei mezzi probatori, i quali si fondano sulla dichiarazione dell'interessato, come la confessione, il giuramento, o che mirano ad ottenere una dichiarazione dell'interessato, come l'interrogatorio. Il principio dispositivo, su cui questi istituti si basano, vale per il fatto della causa, non per il diritto, per cui vale invece il principio officioso, e rispetto al quale, perciò domina, anzichè la volontà delle parti, l'iniziativa e il libero apprezzamento del giudice. Dato perciò che la prova dell'uso appartiene alla determinazione del diritto, ne deriva che non sono per essa concepibili quei mezzi i quali sostituiscono all'accertamento del fatto la sua ammissione da parte dell'interessato.

Circa i diversi mezzi di prova a cui il giudice può ricorrere per accertare l'esistenza dell'uso non si deve dimenticare che l'uso è un fatto o fenomeno non individuale, ma sociale, è un fatto complesso, risultante da una quantità di fatti singoli e individuali. I mezzi pertanto, mediante i quali può il giudice accertarsi dell'esistenza dell'uso si possono classificare in due categorie.

a) Mezzi di conoscenza diretta dell'uso

mediante i quali il giudice apprende direttamente e personalmente l'esistenza dell'uso. Essi implicano che il giudice si accerti dei singoli fatti individuali, il cui complesso costituisce quel fenomeno che si chiama uso. Alla conoscenza dei singoli fatti può condurre l'esame d'un gran numero di Contratti, in cui una data clausola sia ripetuta; la testimonianza di coloro che nei singoli casi praticarono l'uso; l'esperienza personale che abbia il giudice del frequente ripetersi, nel mondo degli affari, di un determinato comportamento (è questo infatti uno dei campi in cui la scienza privata del giudice può essere più utilmente chiamata in ausilio). Spetterà poi al giudice valutare l'importanza complessiva come fatto o fenomeno sociale, dei singoli fatti individuali di cui è venuto a conoscenza.

b) Vi sono poi i mezzi di conoscenza indiretta dell'uso, che si riassumono tutti nella attestazione o testimonianza di persone esperte e pratiche degli affari commerciali, le quali affermano l'esistenza del fenomeno sociale chiamato uso. Queste attestazioni possono essere di vario genere, e le distingueremo allo lor volta in:

1º attestazioni precostituite fra cui poniamo: le raccolte delle camere di Commercio; le antecedenti decisioni giudiziarie; le opinioni degli scrittori di diritto Commerciale.

2º attestazioni semplici testimonianze fra cui poniamo: le attestazioni giudiziali fatte nella forma

delle testimonianze ordinarie; le attestazioni giudiziali fatte nella forma delle <u>perizie</u> da usarsi quando si tratti di materie tecniche o che richiedano cognizioni speciali; le attestazioni <u>stragiudiziali</u> (<u>certificati e atti di notorietà</u>). Un'avvertenza importante da farsi circa l'apprezzamento di tutti questi mezzi di conoscenza indiretta dell'uso (che sono del resto i più frequentemente usati e spesso i soli possibili) è che il giudice deve andare molto cauto nell'accertarne i risultati; anche quei mezzi che sembrerebbero i più attendibili, spesso lo sono poco o punto. Così ad esempio le <u>raccolte delle camere di commercio</u>, spesso le Camere male interpretando la legge che commette loro l'incarico di raccogliere e pubblicare gli usi, si arrogano il compito non già di <u>accertare</u> gli usi esistenti, ma di <u>dettare</u> o creare norme, da imporsi come norme d'uso. Ora questa potestà di creare norme giuridiche le camere di commercio non l'hanno. Si deve quindi anche nelle raccolte delle camere, esercitare una severa critica e distinguere le norme che rappresentano veri usi, da quelle che sono semplici creazioni arbitrarie delle camere stesse. Il che non toglie che se per caso, qualcuna di queste regole imposte sia stata adottata e si sia diffusa come usuale, possa, <u>a questo titolo</u>, e non per il solo fatto che è scritta nella raccolta, considerarsi come obbligatoria a termini dell'art. 1 cod. di comm.

§ 12. <u>Interpretazione del diritto commerciale</u>.

Non intendiamo di esporre qui la dottrina

generale, della interpretazione delle leggi: intendiamo accennare soltanto alle particolarità che presenta l'interpretazione delle leggi commerciali e in generale del diritto commerciale.

Dei due elementi, che nel processo dell'interpretazione, concorrono a determinare il contenuto e la portata esatta della volontà collettiva dichiarata nella norma, e che sono, come è noto, l'elemento storico e l'elemento pratico,[1] quest'ultimo è di gran lunga più importante nell'interpretazione del diritto commerciale.

---

(1) Su questa distinzione v. specialmente Menger, System des österreichischen Civilprozessrechts, Wien 1876, pag. 107 e segg. L'interpretazione storica in senso lato considera la legge come un fatto storico, come un documento storico qualunque, e ha per oggetto la ricostruzione della volontà contenuta nella legge come era al momento, in cui la legge fu emanata. Essa comprende perciò: 1° la valutazione del significato delle parole, con cui la norma giuridica è espressa, secondo l'uso comune del linguaggio, e secondo l'uso che ne fa la legge stessa (interpretazione letterale o grammaticale); 2° la ricerca del pensiero di coloro che contribuiscono alla formazione della legge (studio dei lavori preparatori); 3° lo studio dei precedenti storici della legge e della evoluzione giuridica, che mise capo alla sua formazione. L'elemento pratico, invece ci fornisce i mezzi per intendere nella sua portata attuale la volontà manifestata nella legge. La legge inve

Non negheremo certo la grande importanza dell'elemento storico nella interpretazione del dir. commer. Vogliamo solo porre in rilievo la particolare importanza che ha l'elemento pratico nel campo del dir. comm. in confronto degli altri campi del diritto. Questa particolare importanza dipende dalla natura stessa del dir. comm. che regola rapporti in continua formazione ed evoluzione, per cui la norma giuridica esistente non fu scritta e a cui va invece adattata.

Questa condizione di cose, importata nel campo del dir. comm. un doppio ordine di esigenze particolari, rispetto all'interpretazione.

I nuovi atteggiamenti dei fenomeni già regolati importano uno studio particolare e approfondito dei fatti sociali regolati dal dir. comm., per determinare il vero contenuto attuale della norma. È molto interessante dunque, sotto questo aspetto, lo studio dei fenomeni economici regolati dal dir. comm., la cui evoluzione modifica spesso profondamente il significato e il valore di una posta quando tale evoluzione non era compiuta.

---

ro non è un fatto storico semplicemente che si possa studiare all'infuori di noi e della presente vita sociale, ma, per dirla con una frase imaginosa del Wach (Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Leipzig 1885, pag. 327) è una volontà avente una efficacia continuativa, è una forza costantemente viva. La legge è giuridicamente espres

I nuovi fenomeni non ancora regolati importano da un canto lo studio della loro natura economica e delle esigenze che essa pone al diritto, dall'altra un sottile lavorio di interpretazione per colmare le lacune che, di fronte ad essi presenta il dir. comm. vigente.

È su questo punto che io richiamo in modo particolare la vostra attenzione.

Il diritto commerciale è un diritto pieno di lacune, eminentemente frammentario. Lo stesso art. 1 del codice lo confessa, anzi prende come normale questa ipotesi di una lacuna e determina il modo con cui provvedersi. «In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili ...... In mancanza si applica il diritto civile.»

Questa frequenza di lacune rende sommamente interessante un grave problema di interpretazione: quello della estensione analogica nel campo del diritto commerciale.

La frammentarietà delle norme di dir. comm. rende ben difficile e delicata la posizione dell'interprete. In un campo, in cui la lacuna è la regola, l'ap-

---

sione di una volontà collettiva e precisamente, della volontà della persona giuridica Stato: come volontà dello Stato, la legge è un atto di volontà immanente, sempre vigile e viva, non una volontà transeunte.

plicazione della norma ha tutta la larghezza e anche tutta la difficoltà, dei diritti non codificati.

Nell'assolvere questa parte difficile del suo compito il commercialista, che già nello studio della realtà dei fenomeni sociali, aveva assunto la veste dell'economista e del tecnico, deve indossare quella rigida e austera del giurista. Solo a questo patto egli potrà inquadrare solidamente la decisione del caso non regolato nel sistema del diritto vigente, evitando le soluzioni cerebrine, dannose alla certezza del diritto e destinate a perire con la fortuna di chi le ha propugnate.

In questa delicata indagine due problemi si presentano. Quando vi è una lacuna? Come si deve colmare la lacuna? Il primo problema, sebbene non posto neppure chiaramente è di una grande importanza pratica e di una soluzione tutt'altro che agevole. Noi vediamo, infatti, che in casi almeno apparentemente analoghi, il silenzio della legge commerciale è interpretato ora come <u>lacuna</u>, da colmarsi con gli usi e col diritto civile, ora come <u>disposizione tacita ed implicita</u>, escludente l'applicazione delle fonti sussidiarie. Così il silenzio del codice sulla capacità a compiere atti singoli di commercio, fuori dei casi degli art. 10 e 14, è interpretato come <u>lacuna</u>, e tale capacità si ritiene regolata dal diritto civile. Invece il silenzio del codice, sulla possibilità di iniziare il commercio in nome del minore, si interpreta co-

me tacito divieto, escludendo l'applicazione dell'art. 220 cod. civ. Così il silenzio del codice sull'esercizio del commercio da parte degli inabilitati si considera lacuna, da colmarsi col diritto civile. Invece il silenzio del codice sulla capacità della moglie del commerciante a compiere atti, in cui vi sia collisioni di interessi col marito, è da taluno interpretato come pieno riconoscimento della capacità della moglie, mentre da altri è considerata lacuna da colmarsi con l'art. 136 cod. civ. Così, infine, il silenzio dell'art. 44 del codice di commercio sui requisiti di forma occorrenti per gli atti enumerati dall'art. 1314 cod. civ. è da qualche interprete considerato come lacuna. che implica l'applicabilità dell'art. 1314 anche in materia commerciale, mentre da altri quel silenzio è ritenuto una <u>disposizione</u> tacita od implicita, consacrante il principio della libertà delle forme in materia commerciale, di fronte il quale è escluso ogni ricorso al codice civile. E così si potrebbero moltiplicare gli esempi. Non poche questioni, infatti, che tengono divisa la dottrina e la giurisprudenza nel campo del dir. comm. hanno la loro radice nel diverso concetto che gli interpreti si formano delle <u>lacune</u> nelle leggi commerciali. Io sono convinto che una lacuna nelle leggi, e ciò che si dice per le leggi, vale egualmente per le consuetudini commerciali, non possa ancora dirsi accertata, fino a che dal complesso delle norme di dir. comm. si possa, per analo

gia, desumere una norma atta a disciplinare anche il caso espressamente regolato. Per l'art. 1 del codice di commercio si applicano gli usi se le leggi commerciali non dispongano, si applica il diritto civile, se le leggi commerciali non dispongano e manchi una norma consuetudinaria. Ora non può dirsi che la legge scritta non disponga, quando è possibile l'estensione analogica. Mediante l'analogia non si creano norme nuove, ma si mettono in luce norme già esistenti nel sistema, con cui un processo che consiste nel desumere dalla norma espressa per il caso regolato, una norma più generale, da quella presupposta e quindi tacitamente voluta dal legislatore, che comprende il caso regolato e quello non regolato. Questa norma generale implicita nella norma speciale espressa, è bene una disposizione, ed una disposizione la quale, desunta dalle norme di diritto commerciale scritto, impedisce l'applicazione sia della consuetudine, sia del dir. civ. e, desunta dalle norme consuetudinarie, vieta pur sempre che si passi al diritto civile. Una osservazione d'indole esegetica che conferma questa interpretazione balza fuori del resto anche da un confronto fra l'art. 1 cod. di comm. e l'art. 3, delle disp. prel. al codice. Nell'art. 3, in cui si vuol veramente contemplare il caso di mancanza di una disposizione espressa, si usa la formula « qualora la controversia non possa deci-

dersi con una precisa di disposizione di legge » il che vuol dire appunto con una disposizione espressa. Nel l'art. 1 del codice di commercio si dice soltanto che la norma consuetudinaria si applica « qualora le leggi commerciali non dispongano » e che il diritto civile si applica "in mancanza di usi mercantili." Là, dunque si esige proprio la mancanza di una disposizione esplicita; qui, la mancanza di una qualunque disposizione esplicita o anche implicita cioè desumibile per analogia. E non mi par giusta la obbiezione che a questo modo di concepir le lacune di dir. comm. venne mossa or non è molto da un valente commercialista, Antonio Scialoia il quale afferma che « se si dovesse considerare l'insieme delle disposizioni delle leggi e degli usi commerciali come un complesso organizzato e completo di norme da applicarsi con tutti i mezzi di interpretazione consentiti dall'art. 3 disp. prel.; si annullerebbe il disposto dell'art. 1 cod. comm, che pure prevede l'applicazione del dir. civile, perchè i principii generali commerciali risultanti da un complesso sistematico di norme, dovrebbero essere, almeno teoricamente, sufficienti a colmare qualunque lacuna." Non occorre punto, mi sembra, considerare il complesso delle leggi e degli usi commerciali come un complesso sistematico di norme per affermare che non può dirsi constatata in esse una lacuna da colmarsi col diritto civile, se prima non sia esaurita anche l'interpretazione analogica. Anche in

una legislazione frammentaria, come la commerciale, vi è posto per l'analogia, tanto di legge, quanto di diritto, e vi è posto, io credo, pure per i principii generali, giacchè non è detto che in un complesso sia pure non sistematico, di norme, non si possa, mediante appunto il procedimento dell'analogia, guadagnare norme generalissime, comuni a tutto il complesso e valevoli per tutta la materia da questo regolata. E, infatti, principii generali di dir. comm. vi sono, e ormai comunemente ammessi; basta ricordare le regole: "nessuna prestazione si presume gratuita"; "il danaro si presume sempre fruttifero"; nel dubbio si devono favorire quelle soluzioni che rendono più agevole la circolazione"; "ognuno può validamente contrattare a benificio d'un terzo" e altre ancora, le quali provano che il diritto comm. ha i suoi principii generali, così come li ha il diritto civile, il dir. amministrativo, il diritto penale, il diritto processuale e via dicendo.

È dunque possibile far precedere l'applicazione delle norme desunte per analogia dalle leggi commerciali e i principii generali di dir. comm. all'applicazione del dir. civile, senza distruggere l'art. 1 cod. di comm. perchè malgrado l'analogia, malgrado i principii generali, rimarranno pur sempre nelle leggi commerciali, tante lacune da rendere necessario e frequente il ricorso al diritto civile.

Il primo compito del commercialista, inve-

ro, quello di mettere a profitto in ogni modo le leggi commerciali prima, le consuetudini commerciali poi, per desumerne, mediante il processo di generalizzazione proprio dell'analogia, quante più norme è possibile di carattere direttamente commerciale, questo primo compito, io dico, non esclude punto l'altro, ancora più arduo, che consiste nel colmare le lacune, ormai accertate, mediante l'applicazione del diritto civile. Questo secondo compito è anche più arduo, perchè il commercialista deve non solo assumere la veste del civilista, ma ha spesso bisogno di andar più in là di quanto non andrebbe lo stesso civilista. È infatti molto frequente che, di fronte a rapporti sociali, le norme espresse del diritto civile si palesino insufficienti, e sia necessario col processo di generalizzazione inerente all'estensione analogica spingersi più in là di quanto occorra per regolare i più semplici e più stabili rapporti della vità civile. La legge civile è certamente, rispetto alla materia commerciale, più insufficente e più incompleta, di quello che non sia, di fronte alla materia propriamente civile, per un doppio motivo; perchè essa non contiene una regolamentazione apposita dei rapporti commerciali, e perchè col più rapido trasformarsi della vita commerciale, essa rappresenta, per la materia di commercio una legislazione, comparativamente assai più vecchia. Non si pecca di irriverenza verso l'opera veramente insigne della

nostra codificazione civile, dicendo che il codice civile del 1865 rispecchia condizioni di vita veramente arcaiche di fronte allo stato odierno del commercio e dell'industria. Ora, quanto più grave è il distacco tra le norme scritte e i rapporti che esso deve regolare tanto meno stretta diventa l'analogia tra i casi regolati e i nuovi da regolare. Ciò importa che il procedimento della estensione analogica, necessario per applicare la legge vecchia ai casi nuovi, si complichi e si faccia più delicato. La ricerca, per via di induzione e di generalizzazione, della norma atta a regolare l'ipotesi nuova, deve prendere a base non una sola, o alcune singole norme, ma un numero cospicuo di norme, tante cioè quanto è necessario per determinare una categoria di casi così ampia da comprendere il caso nuovo, e simile ad un'altra categoria comprendente casi, taluno dei quali espressamente regolato. Allora soltanto si può, applicando il processo dell'analogia iuris, dal singolo caso regolato desumere prima la norma generale valevole per tutta la categoria, e poi da questa, con una nuova generalizzazione, risalire ad un'altra norma più generale ancora, che comprenda non solo i casi di questa categoria, ma anche quelli dell'altra categoria non regolata affatto. Or questa progressiva generalizzazione, in una materia così nuova come la materia commerciale, può perfino condurre fuori del campo stesso del diritto civile e

portare alla determinazione di norme e di principii generalissimi, valevoli per campi diversi del diritto obiettivo e anche comuni a tutto l'ordinamento giuridico.

Ecco dunque come le stesse esigenze pratiche della applicazione e della interpretazione del diritto, richiedono, anche nel campo del dir. comm. più che altrove, l'uso ampio e frequente del processo di generalizzazione inerente all'estensione analogica. Il commercialista deve, mediante un sapiente lavorio di induzione, guadagnare concetti e norme generali, non solo nel campo del dir. comm. propriamente detto, ma anche in quello del dir. civ. e giungere perfino alla determinazione di principii generalissimi comuni a tutto il sistema del diritto. Solo mediante questo lavorio di induzione e di generalizzazione gli sarà possibile regolare mediante norme desunte dal diritto costituito, la infinita varietà di casi a cui dà luogo la multiforme e sempre varia attività commerciale.

§ 13. Contenuto del diritto commerciale: la materia di commercio. (Teoria degli atti di commercio)

Il diritto commerciale è un diritto speciale o singolare: esso, al pari del dir. civ., regola rapporti privati, ma non tutti i rapporti, bensì solo alcune categorie di essi. È perciò necessario, come in tutte le norme e i complessi di norme di diritto singolare, stabi-

lire con precisione a <u>quali categorie</u> di rapporti esso si applica. Questa specificazione è necessaria, perchè, come più volte si è accennato mal si definirebbe il contenuto del dir. comm., se si dicesse semplicemente che esso si applica ai rapporti <u>commerciali</u>. La determinazione, così fatta sarebbe insufficiente, per la doppia ragione, che essa implicherebbe il rinvio ad un concetto economico disputato e ambiguo, come l'idea del commercio, e che non abbraccerebbe, in realtà, tutta la sfera di rapporti, ai cui atti effettivamente, il dir. comm. si applica. La legge dunque ha sentito il bisogno di un'ulteriore specificazione, e in una serie di articoli (3,4,5,6,54) ha determinato con precisione a quali rapporti il dir. comm. si applica, quale, in altri termini, è il <u>contenuto sociale</u> del dir. comm. o, come di solito si dice, la <u>materia di commercio.</u> Questa necessità è stata sentita da tutte le legislazioni commerciali, che tutte, mediante alcune norme delimitative, provvedono a determinare le varie categorie di rapporti rientranti sotto la disciplina giuridica del dir. comm. Citiamo fra le altre, il <u>code de commerce</u> (art. 632-638), il codice di commercio <u>germanico</u> (§§ 1, 2, 3, 4, 6, 343, 344, 345.): il codice di commercio <u>austriaco</u> (§§ 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277). Il problema del <u>contenuto</u> del dir. comm. è dunque un problema di <u>diritto positivo</u> perchè spetta appunto alla legge speciale o singolare determinare quali rapporti sociali essa

intende regolare in modo speciale.

Il codice italiano, nelle sue norme <u>delimitative</u>, sopra ricordate, prende a base, per la determinazione dei rapporti, a cui debbono applicarsi le ulteriori norme <u>regolatrici</u> di diritto comm. il concetto dell'<u>atto di commercio</u>. In altri termini la legge, per determinare i <u>rapporti</u> che debbono essere regolati dal dir. comm., ha riguardo all'attività, al <u>fatto umano volontario</u>, da cui i rapporti derivano. <u>Atto di commercio</u> è dunque <u>l'attività che dà luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale</u>. Come già avvertimmo nè gli atti, che la legge considera come manifestazioni dell'attività mercantile, nè i rapporti che ne derivano, sono, in queste prime norme delimitative del codice, atti <u>giuridici</u>, nè rapporti <u>giuridici</u>; sono ancora forme di attività <u>sociale</u> e rapporti <u>sociali</u>: giacchè i rapporti regolati dal diritto, prima di diventare rapporti giuridici per effetto delle norme che li regolano, sono appunto e semplicemente rapporti sociali. Il complesso pertanto delle <u>attività</u> e dei <u>rapporti</u> contemplati negli articoli 3-6 cod. di comm. è un complesso di attività e rapporti <u>sociali</u>, che diventano atti e rapporti giuridici solo in quanto li consideriamo regolati dalle ulteriori norme <u>regolatrici</u> degli art. 8 e segg.

Il codice di commercio enuncia negli articoli 3-6 <u>ventisette</u> categorie di atti di commercio Affrettiamoci a notare che questa enumerazione

del codice è, per la maggior parte dei casi, semplicemente dimostrativa e non tassativa. Può sembrare strano a prima vista, che le norme le quali stabiliscono la sfera di applicazione di un diritto singolare, non siano esse stesse di diritto singolare, ma, al contrario, siano suscettibili di estensione analogica. La contradizione è soltanto apparente, perchè le norme che stabiliscono il campo di applicazione di altre norme, come si debbono distinguere dalle norme intrinsecamente regolatrici, così possono avere una diversa natura. Si concepisce così come possano le norme regolatrici essere di diritto singolare e quelle delimitative di diritto normale. Certo non sarà mai possibile che, per via di estensione analogica, le norme delimitative vengano ad applicarsi a tutti o a gran parte dei rapporti privati; ciò implicherebbe una radicale trasformazione anche nelle norme regolatrici, che da norme di diritto singolare diventerebbero norme di diritto comune. Ma non può essere escluso che, senza giungere a questo completo capovolgimento, le norme delimitative si estendano anche ad altri rapporti, oltre quelli da esse contemplati. È soltanto questione di misura. L'estensione sarà possibile, ma a patto che essa non venga a mutare il carattere delle norme regolatrici.

Questo limite posto alla estensione analogica delle norme contenute negli art. 3-6, deriva dalla loro natura di norme non regolatrici ma sempli

cemente delimitative; destinate a determinare la sfera di applicazione di un complesso di norme eccezionali, esse non possono mutare la natura di queste ultime, e distruggere così il presupposto della loro propria esistenza. Le norme delimitative degli art 3-6 si potranno dunque estendere per analogia ad altri gruppi di rapporti strettamente affini, ma sempre a gruppi determinati e ristretti che rappresentino di fronte alla massa di rapporti privati, categorie speciali di rapporti privati.

In via di principio nessuna difficoltà dunque ad estendere per analogia le norme determinanti i rapporti che costituiscono la materia di commercio. In via di principio, diciamo, perchè in taluni casi la particolar natura di una norma delimitativa può escludere la sua estensione ai casi analoghi non contemplati. E questo appunto avviene per le norme che comprendono nella materia di commercio determinati rapporti in base a presunzioni (es. art. 4), perchè le presunzioni richieno una particolare disposizione di legge e sono di stretta interpretazione[1]

Logicamente possibile è dunque di regola, l'estensione analogica delle norme delimitative degli art. 3, 4, 5, 6. E l'intenzione del legislatore, chiaramente manifestata durante i lavori preparatori è

---

(1) Cfr. Ramponi, Teoria generale delle presunzioni, Torino 1890, pag. 144 e segg. -

appunto in questo senso. Risulta infatti da esplicite dichiarazioni della relazione Mancini che «la legge considera atti di commercio quelli più comunemente riconosciuti per tali..... ma ciò nonostante nella perenne evoluzione dei bisogni di commercio..... rimane tuttora nel prudente potere del magistrato estimare la loro intima natura, e ravvisando in esse manifesta identità o equivalenza con quelle condizioni che hanno determinato il legislatore a definire di natura commerciale gli atti enumerati in questo articolo, dichiararli parimenti atti di commercio e perciò soggetti alle leggi e agli atti commerciali.»[1]

Questa constatazione preliminare rende molto interessante anche da un punto di vista affatto pratico il problema che si pone naturale allo studioso, di fronte alla lunga enumerazione degli atti di commercio contenuta nei primi articoli del codice. Esiste nel nostro diritto positivo, un concetto unico dell'atto di commercio? È possibile desumere dalla enumerazione degli art. 3-6, un principio fondamentale, un criterio direttivo, atto a guidarci nella interpretazione delle singole norme e a rendere possibile l'estensione delle medesime ai casi analoghi non regolati?

La dottrina dominante in Italia non è

---

(1) Relazione Mancini, in Castagnola e Gianzana. Fonti e motivi I pag. 203.

sita a dare a queste domande una risposta affatto negativa. Essa reputa che un concetto unico dell'atto di commercio, secondo il nostro diritto positivo, non esista, e che nessun criterio o principio direttivo stia a base della enumerazione legislativa degli atti di commercio.[1]

Io credo che questa conclusione pessimista non debba ritenersi definitiva. Essa è il risultato della analisi troppo superficiale ed affatto insufficiente fatta fin qui delle varie categorie di atti commercio enumerate dalla legge. In sostanza la dottrina di gran lunga dominante, tanto in Germania quanto in Italia, nello studiare il criterio <u>intrinseco</u>, in base al quale la legge ha ritenuto come commerciale e perciò soggetta alle leggi mercantili una determinata attività, si è arrestata ad una osservazione, abbastanza superficiale. Essa ha rilevato che, in seguito ad una lunga evoluzione storica, ad una serie di attività, che erano ritenute commerciali, poichè compiute da persone aventi la qualità di commercianti, si è oramai aggiunta un'altra serie molto notevole ed in continuo aumento di attività, dichiarate commerciali dalla legge senza riguardo alla professione di colui che le pone in essere. Di qui, naturalmente, la classificazione degli atti di commercio in due categorie: <u>atti di commercio subiettivi, di</u>

---

(1) V. per tutti <u>Vivante</u>, I num. 29

chiarati commerciali dalla legge perchè compiuti da un commerciante; atti di commercio obiettivi, dichiarati commerciali dalla legge per la loro natura, indipendentemente dalla persona che li compie.

Non occorre spendere molte parole per dimostrare: che il criterio così assunto per determinare la natura dei vari atti di commercio è insufficiente, e che, perciò, la classificazione proposta degli atti di commercio è affatto inaccettabile.

Dire infatti che alcuni atti sono commerciali perchè compiuti da un commerciante ed altri lo sono anche se non compiuti da un commerciante, significa rinunciare a dare una nozione tanto nei primi, quanto nei secondi. Per questi ultimi la cosa é evidente. Quando si afferma che una serie di atti è commerciale indipentemente dalla persona che li compie, si enuncia una proposizione semplicemente negativa; si dice che il criterio, in base al quale tali atti sono dichiarati commerciali, non è quello delle qualità delle persone, da cui sono compiuti, ma non si dice quale sia; si dice quello che questi atti non sono, non si dice quello che questi atti sono.

Ma anche rispetto agli atti detti subiettivi la conclusione non è gran fatto diversa. Quando si dice che un atto è commerciale, perchè compiuto da un commerciante, in sostanza, si afferma un rapporto di connessione fra l'atto e l'eser-

cizio professionale di chi lo compie e si fa risiedere nel rapporto di connessione la causa della commercialità dell'atto. L'atto di commercio subiettivo presuppone dunque, di necessità, un'attività commerciale, a cui si connetta e la nozione dell'atto di commercio subiettivo, la nozione dell'esercizio professionale del commercio. Ma questa ultima nozione manca completamente, nella dottrina dominante. Poichè il criterio formale dell'iscrizione in un registro o matricola non soccorre, nel nostro diritto, ci si limita a rinviare, per la determinazione della qualità di commerciante, alla nozione dell'atto di commercio obiettivo, che, alla sua volta, come abbiamo veduto, ci si guarda bene dal dire!

Il criterio dunque che communemente si assume per determinare la commercialità degli atti enumerati dagli art. 3-6, _non è un criterio_, e la classificazione degli atti stessi in _obiettivi_ e _subiettivi_, _non è una classificazione_. Ed è ben naturale che, se si rinuncia _a priori_ a stabilire un criterio per la determinazione della commercialità degli atti enumerati dalla legge, si debba poi dichiarare che un principio regolatore della classificazione stessa non esiste e che non esiste neppure un concetto unitario dell'atto di Commercio!

Vediamo dunque se una analisi più accurata della serie degli atti enumerati negli art. 3-6 ci permette di rintracciare questo principio o questi prin

cipii regolatori; con che avremo ad un tempo stabilito il concetto dell'atto di commercio e ne avremo fatta una classificazione precisa.

Un esame attento delle 27 categorie di atti enumerati dalla legge, ci mostra come taluni di essi siano considerati commerciali dalla legge in ragione della loro intrinseca natura; mentre altri sono invece considerati commerciali solo in quanto si trovano in un rapporto di connessione coi primi.

Atti dichiarati commerciali in ragione della loro intrinseca natura sono indubbiamente:

1°) le compere di merci per rivenderle e per locarle; e le vendite o locazioni che ne conseguono, e parimente le compere di titoli di credito per rivenderli, e le successive rivendite (art. 3 num. 1 e 2.)

Questi vari atti (compera e rivendita, compera e locazione) fra loro connessi, ci danno nel loro insieme, la figura tipica dell'attività commerciale; vale a dire l'intromissione fra produttori e consumatori, diretta a facilitare lo scambio dei beni. La compera è il primo atto del processo in cui si realizza questa funzione intermediaria: la rivendita o la successiva locazione ne è l'ultimo. Gli atti di questo primo gruppo, sono dunque, indubbiamente, atti di commercio anche nel senso rigorosamente economico.

E lo stesso è a dirsi di un altro gruppo di atti: le compere e le rivendite di beni immobili, quan

do siano fatti a scopo di speculazione commerciale (art. 3 n. 3). La legge considera il commercio degli immobili separatamente da quello dei mobili per ragioni storiche; in quanto la speculazione commerciale sugli immobili è di data più recente e in quanto solo col cod. del 1882 la legislazione italiana, superando antichi pregiudizi, ha fatto rientrare il commercio degli immobili sotto la sfera di applicazione del dir. comm. Ma gli atti di cui si occupa l'art. 3 n. 3, sono i vari atti in cui si realizza il commercio degli immobili. Diventata più frequente e più rapida la circolazione degli immobili è sorta, per facilitarla, una attività intermediaria, la quale riproduce in sostanza lo stesso fenomeno che presenta la tradizionale attività commerciale, rispetto ai beni mobili, e che pertanto deve considerarsi come una vera attività commerciale. Il commercio degli immobili dà luogo alla stessa catena di atti, fra loro connessi, a cui dà luogo il commercio dei mobili: acquisto diretto non al godimento e allo sfruttamento da parte dell'aquirente, ma ad un successivo atto di scambio: è il conseguente scambio che perfeziona la funzione intermediaria. La legge ha caratterizzato questa complessa attività intermediaria col nome di speculazione commerciale. La formula è alquanto diversa da quella adoperata per il commercio delle cose mobili; mentre per i mobili la funzione è considerata solo nelle

sue diverse attività costitutive, qui è considerata anche nel suo complesso e qualificata col nome di speculazione commerciale; ma il concetto è identico nei due casi:

2°) le operazioni di banca (art. 3 n° 11). È nota la funzione essenziale della banca nella economica odierna. La banca è essenzialmente intermediaria del credito; essa prende denaro a credito da chi cerca un collocamento ai propri capitali monetari, e dà denaro a credito a chi abbisogna di capitali. Questa funzione intermediaria si compie mediante una serie di atti successivi fra loro connessi: ciascuno di tali atti è una operazione di banca. E precisamente: sono operazioni di banca passive tutti quegli atti con cui taluno prende denaro a credito per darlo a sua volta a credito; sono operazioni di banca attive tutti quegli atti, con cui taluno dà a credito denaro preso a credito a questo scopo. Si riproduce così, rispetto al credito, la stessa posizione che si ha, nel commercio ordinario, rispetto alle merci. Talune forme più importanti e caratteristiche dello scambio a credito, e cioè quelli in cui si verifica lo scambio a credito di denaro con denaro, danno luogo ad una forma importantissima di scambio. Ogni cosa fungibile e consumabile, ma in particolar modo quella che è il bene fungibile per eccellenza vale a dire il denaro, offre la possibilità di una forma tutta speciale di scambio con altrettanta quantità di

cose fungibili e consumabili della stessa specie (particolarmente, con altrettanto denaro) distanziato da un <u>intervallo di tempo</u> (<u>a credito</u>). Nell'intervallo di tempo fra prestazione e controprestazione e nella natura particolare del bene scambiato, sta tutto il valore economico di questo scambio: durante il periodo di tempo, infatti, che corre fra la prestazione e la controprestazione, chi ha ricevuto la cosa, specialmente il denaro, può servirsene e consumarla come farebbe se ne fosse il proprietario, poichè lo scambio importa la semplice restituzione del tantundem. Chi consente a scambiare denaro presente con denaro futuro rende un servigio e percepisce di regola una remunerazione o interesse. Orbene quella stessa necessità di una operazione intermediaria che esiste nello scambio delle merci si fa sentire anche rispetto allo scambio del denaro presente col denaro futuro. Lo scambio diretto di denaro con denaro, per le difficoltà di un incontro spontaneo fra chi abbonda e chi abbisogna di capitale monetario, rappresenta ormai nella vita economica odierna una eccezione; mentre collo sviluppo del credito il bisogno di un tale incontro si va facendo ogni giorno più frequente. La regola oramai è dunque lo scambio indiretto o mediato fatto a mezzo di un intermediario che raccoglie sistematicamente i capitali in cerca di investimento e li distribuisce a chi ne ha bisogno. È chiaro quindi il parallelismo fra il commercio vero e pro

prio e il commercio bancario, fra il commerciante e il banchiere.

Come il commerciante accentra i prodotti e li distribuisce, così il banchiere accentra a sè il credito e lo distribuisce. Come il commercio vero e proprio consta di una serie di operazioni fra loro concatenate (compere e successive rivendite) che derivano il loro carattere specifico commerciale appunto dal rapporto che lega le une alle altre, così il commercio bancario consta di una serie di operazioni fra loro connesse (attive e passive) che derivano il loro carattere specifico bancario solo dalla connessione in cui stanno le une con le altre.

3°) Le varie specie di imprese enumerate dall'art. 3, vale a dire: le imprese di somministrazione (art. 3. N°. 6); le imprese di fabbriche o di costruzioni (art. 3. N° 7); le imprese di manifatture (art. 3, N° 8); le imprese di spettacoli pubblici (art. 3. N° 9); le imprese editrici tipografiche e librarie (art. 3. N° 10); le imprese di trasporti di persone o cose per terra e per acqua (art. 3. N° 13); le imprese di commissioni di agenzie e di uffici d'affari (art. 3. N° 21).

Questo gruppo di atti di commercio offre il campo a molti dubbi. Si tratta in realtà di un gruppo omogeneo ovvero esso comprende sotto l'apparenza di un nome comune rapporti economici di natura disparata?

La dottrina commercialistica non ci forni

sce molti lumi a questo proposito. Il problema da molto tempo non è stato posto neppure, sebbene si sia qua e là accennato che l'impresa secondo l'art. 3 si debba anche essa considerare come un fenomeno di intermediazione e qualche scrittore abbia anche precisato che l'imprenditore è un intermediario fra i lavoratori e i consumatori.[1] Soltanto in questi ultimi anni l'attenzione della dottrina si è rivolta verso questo problema e due correnti in sostanza si sono manifestate.

Per una prima opinione il concetto dell'impresa secondo il codice di commercio, il concetto, diremo così, giuridico dell'impresa corrisponderebbe bensì al concetto dell'impresa secondo l'economia politica solo per alcune categorie di imprese enumerate nell'art. 3. Ma per altre e particolarmente per le imprese di somministrazione, per le imprese di commissione di agenzie e di uffici d'affari, l'elemento economico dell'impresa come organizzazione dei fattori della produzione mancherebbe; e perciò in sostanza volendo dare un concetto unitario dell'impresa secondo l'art. 3 specialmente allo scopo di estendere per analogia la norma ad altre imprese non espressamente ricor-

---

(1) Vedi Manara = Atti di commercio pag. 54 N° 22; Bolaffio: Commento al Codice di commercio pag. 142 N° 40, ma specialmente Vivante = Trattato IV Edizione vol. I pag. 151 N° 69 e Carnelutti Riv. di Dir. Comm. 1909 II pag. 20; 1910 II pag. 758.

date, non vi sarebbe altra via che quella di considerare l'impresa come un complesso di affari aventi a base una unica organizzazione che si raggruppano intorno ad un unico organismo economico. In ogni impresa vi sarebbe dunque un'attività complessa e quindi una ripetizione di atti singoli che si rifletterebbe soggettivamente nell'intenzione di dedicarsi in modo stabile e continuativo ad una serie d'affari dello stesso genere.[1]

Secondo un'altra opinione invece il concetto dell'impresa secondo l'art. 3 coinciderebbe sostanzialmente col concetto economico di impresa. Sarebbe commerciale per l'art. 3 ogni atto che si riferisca all'organizzazione dei vari fattori della produzione: anzi in realtà, secondo questa opinione, l'elemento economico dell'impresa, si ritroverebbe non solo negli at-

---

(1) Già il Franchi Commentario al Cod. di Commercio (pag. 111) a proposito dell'impresa di somministrazione notava che per impresa in questo caso non si può intendere l'organizzazione costituita per la produzione, ma bisogna contentarsi di intendere la parola impresa nel senso di contratto o di assunzione; ma con maggior precisione ancora il concetto appare nell'Arcangeli = Sulla natura commerciale delle operazioni di Banca (Rivista di Dir. Comm. 1904 I pag. 32) e in A. Scialoia (Foro Italiano 1908 I pag. 157).

ti qualificati come impresa dal codice di Commercio, ma anche in altri atti enumerati nell'art. 3, come nelle operazioni di Banca e nelle assicurazioni.[1] A noi sembra che nè l'una nè l'altra opinione sia accettabile.

Non la prima, sopratutto perchè non è vero che ogni attività complessa, che ogni complesso di affari debba considerarsi come impresa e quindi atto di commercio secondo il codice. Se ogni impresa è di necessità una attività complessa, non ogni attività complessa, è una impresa, e sopratutto non ogni attività complessa ha carattere commerciale. Indubbiamente è una attività complessa l'industria agraria e lo diviene sempre più mai mano che si perfezionano i procedimenti tecnici della produzione agricola. Eppure non vi è alcun dubbio che l'industria agraria sia fuori del campo del dir. comm.; l'art. 5 del cod. di commercio lo dice esplicitamente quando stabilisce che non è un atto di commercio la vendita che il proprietario o il coltivatore fa dei prodotti del fondo suo o da lui coltivato. Egualmente è una attività complessa quella del professionista, quella dell'artigiano, ma nè l'esercizio di una professione

---

(1) È questa in sostanza l'opinione comune sebbene, al solito, più accennata che esposta; una dimostrazione alquanto larga ha tentato invece di recente il Montessor (Riv. di Dir. Comm. 1912 I pag. 408 e segg.)

è una impresa, nè l'artigianato, per quanto implichi una impresa in senso economico, è secondo la legge come or ora vedremo, atto di commercio. In conclusione questo concetto dell'attività complessa è troppo largo o almeno è troppo indeterminato.

Ma meno ancora ci sembra possa farsi buon viso alla seconda opinione, poichè vi sono evidentemente imprese in senso economico che non sono imprese secondo il codice. Così tutto l'artigianato va escluso dal campo del dir. comm. benchè l'artigiano sia spesso un imprenditore nel senso dell'economia. Non si ha impresa di manifatture nel caso dell'operaio che fabbrichi da solo e trasformi da solo la materia prima. Non si ha impresa di spettacoli pubblici nel caso dell'artista che sfrutti la sua propria abilità offrendo spettacoli. Non si ha impresa di trasporti nel caso del vetturale o del carrettiere che esegua trasporti conducendo personalmente la carrozza ed il carro. Nè vale il dire che ciò significa soltanto doversi escludere dal campo commerciale la piccola impresa e intendere l'impresa del cod. come la grande e media impresa dell'economia. Ciò non sarebbe ancora sufficiente, perchè vi sono piccole imprese, nel senso economico che sono imprese nel senso del codice. Però: è imprenditore di fabbriche di costruzioni il capomastro, che assume piccoli lavori, purchè si faccia coadiuvare da operai, e il piccolo intraprenditore di traspor-

ti e commerciante quando adoperi il lavoro di personale sia pure limitatissimo, d'altro canto la distinzione quantitativa fra piccola, media e grande impresa che può avere valore nel campo economico non può diventare un concetto giuridico. Il diritto ha bisogno di limiti precisi e in sostanza se si ammette che non tutte le imprese in senso economico siano imprese nel senso del diritto bisogna dare un criterio preciso di distinzione, un criterio qualitativo, dunque, che la dottrina ora esaminata non ci fornisce affatto.

La questione perciò rimane a nostro avviso ancora insoluta e per risolverla non vi è altra via che quella di esaminare affatto obbiettivamente i singoli atti qualificati come imprese dell'art. 3 per vedere qual è la nota tanto caratteristica di ognuno, e se le varie note caratteristiche ci permettono di farne un gruppo omogeneo, e di determinarne una nozione comune.

A) <u>imprese di somministrazione</u>.

Qui la commercialità non consiste nel fatto che in ogni somministrazione è latente una compera per rivendere[1] perchè per darsi somministrazione basta che il somministrante fornisca merci o anche soltanto <u>servigi</u>: (per es: impresa per lo sgombero della neve, per la manutenzione delle strade, per la il

---

(1) <u>Franchi</u> opera citata pag. 111-112.

luminazione pubblica o privata o per servizi telefonici.)

Quando il somministrante fornisce servigi non c'è rivendita e non c'è neppure compera, ma anche quando fornisce merci la compera può mancare, perchè il somministrante può produrre egli stesso le merci (per es: un proprietario di vigne che assuma la fornitura del vino). La commercialità non è neppure data dal fatto che intercorre sempre un intervallo di tempo tra il momento in cui l'affare è concluso e quello in cui il somministrante fa l'effettiva consegna delle cose o l'effettiva prestazione del servizio, di modo che sarebbe il rischio inerente alla anticipata e fissa determinazione del prezzo che darebbe all'affare carattere commerciale.[1] In tal modo si identificherebbe l'impresa di somministrazione col contratto di somministrazione, perchè l'esistenza di quell'intervallo di tempo esiste in ogni contratto di somministrazione pur senza essere, a nostro avviso, neppure la caratteristica di questo contratto.

In realtà se noi vogliamo attribuire alla somministrazione una caratteristica propria e farne un negozio definitivo e non una promessa di vendita o di locazione d'opera[2]

---

(1) Vivante, Trattato I n. 74. (2) Il che crediamo non è pos-

bisogna considerare il negozio come avente per oggetto in ogni caso la prestazione di un servigio: anche nelle somministrazioni in cui il somministrante si obbliga a consegnare periodicamente qualche cosa, la prestazione ci appare più come un servigio, cioè avente di mira la attività personale del somministrante, che come una consegna come avente di mira cioè il trasporto della cosa; in ciò sta appunto la differenza fra la vendita e la somm.ne di cose: nella vendita la causa del contratto per il compratore è l'acquisto della cosa, nella somministrato è il servigio che il somministrante gli rende facendogli avere la cosa a tempo opportuno. Ora se una differenza vi è e deve esservi, fra il contratto di somministrazione e l'impresa di somministrazione questa non può essere data che dal modo con cui è organizzata la prestazione del servigio; nell'impresa di somministrazione vi è precisamente quella collaborazione altrui nella prestazione del servigio che può mancare nella somministrazione semplice, e in questa collaborazione sta l'impresa

---

sibile perché nella maggior parte dei casi il preteso contratto preliminare non sarebbe mai seguito dal contratto definitivo, anzi non occorre spesso alcuna ulteriore dichiarazione di volontà delle parti perché sorga l'obbligo della consegna.-

e quindi il carattere commerciale. In altri termini, quando il somministrante esegue egli personalmente la somministrazione non fa atto di commercio e non è imprenditore; diventa imprenditore e fa atto di commercio quando per eseguire la somministrazione assume del personale, in modo che il servigio che egli presta non è solo frutto dell'opera sua, ma dell'opera sua e di altri. Abbiamo così colto il momento caratteristico dell'impresa di somministrazione secondo la legge, che consiste appunto nel fatto che il somministrante si valga del lavoro altrui e quindi appaia come uno speculatore sul lavoro.

B) Imprese di fabbriche e costruzioni (art. 3. n. 7)

Anche qui la commercialità non è data dal fatto che chi assume la fabbrica o la costruzione fornisca il materiale. Questa necessità che esisteva nel cessato codice di commercio è stata esclusa dal codice vigente.[1] Ciò significa che questo atto di commercio non contiene una compera per rivendere. E poichè non si può pensare che faccia atto di commercio il muratore che da solo esegua una costruzione (caso del resto assolutamente fuori della realtà) non ci rimane che riscontrare l'ele

---

(1) Motivi del Cod. di Comm. Castagnola e Gianzana I pag. 707.

mento dell'impresa e quindi la commercialità nel fatto che il costruttore si valga della collaborazione altrui e quindi speculi sul lavoro.

C) Imprese di manifatture (art. 3 n. 8)

Anche qui per via d'eslusione dobbiamo giungere a una conclusione analoga. La commercialità non è data da una compera per rivendere latente, perchè la materia prima può essere fornita dal committente o prodotta dall'industriale,(1) d'altro canto non è data neppure dall'esistenza dell'impresa in senso economico perchè l'artigiano che trasforma da sè la materia prima non fa atto di commercio, e allora non rimane che vedere anche qui l'impresa e la conseguente commercialità nell'impiego del lavoro altrui, cioè nella speculazione del lavoro.

19) Imprese di spettacoli pubblici.

Escluso che il carattere commerciale sia dato dal solo elemento dello spettacolo pubblico, perchè non ogni spettacolo pubblico dà luogo ad una impresa, e precisamente non si ha impresa di spettacolo pubblico quando l'artista offre direttamente al pubblico la sola opera propria, bisogna ammettere di necessità che anche qui il carattere commerciale è dato dall'impiego del lavoro altrui. Chi dà uno spettacolo pubblico fa atto di commercio quando

---

(1) Vedi Vivante Trattato I n. 76.

si rende intermediario fra gli artisti ed il pubblico.

E) Imprese editrici tipografiche e librarie. (art. 3 n. 10)

Per le imprese editrici non può esservi questione; l'editore fa atto di commercio in quanto si rende intermediario fra l'autore ed il pubblico, in quanto ciò si vale dell'opera degli autori per offrirne al pubblico i risultati.[1]

Semplice è anche la cosa riguardo alle imprese tipografiche. Poichè non è pratico pensare alle ipotesi del tipografo, unico operaio della propria tipografia, ma poichè l'esercizio dell'arte tipografica presuppone sempre l'impiego di personale, è chiaro anche qui che la commercialità è data dalla speculazione sul lavoro. Meno facile appare la questione della commercialità delle imprese librarie. A prima vista non si saprebbe trovare la ragione della particolare dichiarazione della commercialità del traffico bibrario; sembrerebbe che il commercio librario dovesse ritenersi già compreso nella disposizione dell'art. 3 n. 1-2 in quanto esso si risolve in una compera per rivendere di cose comperate a questo scopo. Qui, più che una compera per rivendere latente o

(1) Non fa quindi atto di commercio l'autore che si fa editore delle proprie opere o l'editore di un giornale che lo scriva tutto da sè. (Vivante I n. 79).

mascherata, vi sarebbe un caso di compera vendita commerciale, così evidente da non sapersi trovare la ragione di questo duplicato legislativo. Ma poichè non si può ammettere che la legge abbia parlato inutilmente bisogna ricercare se vi sia qualche caso per cui abbia una pratica importanza la disposizione dell'art 3 n. 10 relativa alle imprese librarie. E il caso esiste ed è anzi frequente nel commercio librario, in cui spesso il librario invece di acquistare dall'editore i libri li prende, come si suol dire in deposito, fa cioè una specie di contratto estimatorio con cui prende in consegna una certa quantità di volumi col patto di restituire quelli che resteranno invenduti e guadagnando una provvigione sul prezzo di quelli venduti. Questo affare resterebbe fuori dall'ipotesi contemplata nei n. 1-2 art. 3 e si comprende come la legge abbia voluto preverderlo. Ma questo non ci spiega ancora perchè la legge ha qualificato commerciali le imprese librarie. Noi crediamo che una ragione deve esservi di questa limitazione della legge. E la ragione non può essere che una: quella di escludere dal campo commerciale i piccoli librai, quelli che in sostanza non fanno una vera speculazione libraria, che prendono solamente libri in consegna e si adoperano a venderli e che perciò possono dirsi più degli agenti dell'Editore che commercianti autonomi. Esclusa questa categoria di librai, esclusa quella dei librai che acquistano le opere e sono commercianti per altro titolo, il concetto di impresa

libraria non può applicarsi di necessità che a quelli speculatori, i quali danno opera alla diffusione dei libri, prendendoli bensì solo in deposito, ma organizzando tutto un lavoro per la loro diffusione, mediante agenti, che si occupino del collocamento delle opere anche a rate, della riscossione delle rate, del recapito delle pubblicazioni che escono a fascicoli e via discorrendo. Anche qui in sostanza se si parla d'impresa non se ne può parlare che nel senso di una speculazione sul lavoro.

F) Imprese di trasporti di persone o di cose per terra o per acqua (art. 3 n. 13)

Anche in questa categoria di atti di commercio il concetto di impresa implica una organizzazione di quel particolare fattore della produzione che è il lavoro. L'impresa di trasporti, secondo l'art. 3 n. 13 si ha soltanto quando colui che assume il trasporto impiega per eseguirlo l'opera di ausiliari; è certamente escluso dalla ipotesi contemplata nell'art. 3 n. 13 il caso in cui il trasporto è eseguito personalmente da chi se ne è assunto l'incarico. Non costituisce in altri termini atto di commercio l'esercizio del mestiere da parte del vetturino o del carrettiere, del facchino o del barcaiolo. Se dunque la linea di determinazione tra il trasporto atto di commercio e il trasporto atto civile è data dal fatto dell'impiego di ausiliari o dall'esecuzione per-

sonale del trasporto, è chiaro che nell'impiego del lavoro altrui sta il carattere commerciale dell'impresa di trasporto. Dire che solo la grande impresa di trasporti è commerciale, e non lo è la piccola impresa[1] oppure dire che è commerciale l'impresa di trasporto e non il mestiere[2] non vuol dire in sostanza che questo; poichè nel caso in esame la distinzione fra grande e piccola impresa sarebbe data appunto dal fatto dell'impiego o meno di personale per l'esecuzione del trasporto e la differenza fra impresa e mestiere consisterebbe egualmente in ciò che il trasporto sia fatto eseguire da altri o sia eseguito personalmente da chi lo assume. E allora è chiaro che anche in questo caso impresa non significa che organizzazione del lavoro, reclutamento del lavoro, atto di interposizione nello scambio del lavoro.

G) Le imprese di commissione, di agenzie e di uffici di affari. (art. 3 n. 21)

Si ha la commissione quando taluno tratta un affare in nome proprio, ma per conto altrui o, in altri termini quando ci si incarica di un affare altrui senza far figurare di fronte ai terzi la persona per cui conto si tratta.

Intorno alla commercialità delle imprese di commissioni corrono nella dottrina italiana idee non

---

(1) Montessori, op.ra citata pag. 436

(2) Vivante Trattato I n. 80. Franchi n. 58

molto chiare. Sulla scorta dei lavori preparatori del codice si suole affermare che l'elemento dell'impresa non è essenziale alla commercialità della commissione, giacchè come è dichiarato negli atti della commissione compilatrice del progetto preliminare (1) anche un affare di commissione si deve ritenere commerciale (2) e che perciò la ragione della commercialità della commissione, come risulta anche dall'art. 380 cod. di comm.; sta in ciò che la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali e che perciò si trova sempre in connessione con un atto di commercio. (3)

Noi crediamo che questa dottrina sia dovuta ad una erronea interpretazione del pensiero di coloro che prepararono la vigente legislazione commerciale. Nei lavori preparatori infatti è detto "la locuzione generale che sono atti di commercio le imprese di commissioni non può esludere che anche un solo affare di commissione commerciale sia per sè stesso un atto di commercio"; ma ciò non significa affatto che un singolo affare di commissio

---

(1) Atti della Commissione. Vol. I parte 2ª Verbale XXXI n. 141.
(2) Bolaffio, Commento n. 73 pag. 199. Pagani Commento n. 61 pag. 118. Montessori Op.ra citata pag. 442
(3) Vedi Bolaffio pag. 99-200 e Montessori pag. 443

ne sia sempre e necessariamente atto di commercio, e che quindi impresa di commissione e contratto di commissione per l'art. 3 n. 21 siano sinonimi. Il che del resto è dimostrato anche dalla considerazione che interpretando così la legge si toglierebbe ogni valore alla espressione "impresa" da essa adoperata[1] e si modificherebbe arbitrariamente il testo legislativo.

Quindi a noi pare chiaro che se si vuol dare un qualche significato alla espressione imprese di commissioni usata dalla legge, bisogna ammettere che non tutti gli atti di commissione siano commerciali, ma solo alcuni e precisamente quelli in cui vi sia l'elemento dell'impresa. Ciò non toglie, si badi bene, che anche una commissione singola possa essere atto di commercio (come osservano giustamente i lavori preparatori), perchè anche una singola operazione di commissione può assumere la forma dell'impresa. E precisamente si ha impresa e quindi atto di commercio, quando per l'esecuzione della commissione il commissario si vale dell'opera di agenti subalterni, di impiegati e di operai il cui lavoro assume e retribuisce a suo rischio. È naturale che questa organizzazione sia costituita per lo più in vista di una serie di operazioni, ma ciò non esclude, come è detto nei lavori preparatori, che possa a-

---

(1) Il Bolaffio infatti pag. 199 afferma che la dicitura della legge è inesatta.

vere per oggetto anche l'esecuzione di una sola commissione molto complessa e molto importante. Le commissioni che non siano imprese possono a nostro avviso essere atti di commercio, ma non già atti di commercio fondamentali, ma bensì solo atti di commercio per connessione in quanto cioè si riferiscono ad affari commerciali. Ma ciò non rende punto superflua la disposizione dell'art. 3 n. 21, perchè vi sarà sempre una grande differenza fra imprese di commissione, atti di commercio fondamentali, e la commissione in affari commerciali, atto di commercio per connessione. Basti ricordare il principio che meglio vedremo in appresso, per cui solo gli atti di commercio fondamentali possono dare vita ad un esercizio professionale del commercio, mentre gli atti di commercio per connessione non lo possono mai. Circa le imprese di agenzie e di uffici d'affari vale all'incirca quanto abbiamo detto finora delle imprese di commissione. Le agenzie sono uffici che si occupano particolarmente di far concludere contratti di vario genere: vendite e locazione di case e di terreni, collocamento di impiegati e domestici, collocamento di artisti di teatro e via dicendo. Le agenzie o uffici di affari si occupano inoltre di prestar servigi svariati, dare informazioni, sbrigare corrispondenze, eseguire traduzioni e copie di atti, organizzare viaggi ecc. ecc. Si noti anche qui che la legge non considera atti di commercio le agenzie e gli uffici d'affari, ma le imprese di a

genzie o d'uffici d'affari. Anche qui è l'elemento del l'impresa che dà il carattere specifico commerciale al l'atto, non la natura degli affari di cui si occupa l'agenzia, che possano essere commerciali o anche civili o possono essere nè l'uno nè l'altro cioè non essere affari, ma semplici prestazioni di opera. (Es. traduzioni, copie ecc.) La commercialità in sostanza è anche qui data dal fatto che l'agenzia implichi una organizzazione del lavoro altrui e quindi una posizione intermediaria nello scambio del lavoro.

Ed ora possiamo raccogliere le vele. In tutti gli atti che il codice qualifica imprese noi troviamo che l'elemento specifico costitutivo della impresa, nel senso del codice, è il fatto della organizzazione del lavoro altrui. Certo, poichè in senso economico l'impresa è l'organizzazione della produzione, essa implica e la raccolta e la coordinazione dei vari fattori della produzione fra cui è anche il lavoro. Ma nell'impresa, secondo l'economia, è indifferente il modo con cui il fattore lavoro è procurato, come è indifferente il modo con cui tutti i fattori della produzione sono procurati. È quindi indifferente che sia adoperato per la produzione lavoro proprio o lavoro altrui ed è perciò che in senso economico è impresa tanto quella dell'operaio o dell'artigiano o dell'artista che mediante l'opera propria produce a proprio rischio quanto l'impresa dell'industriale o dell'appaltatore che impiega centinaia di operai.

Ben altro è invece il concetto che il cod. di commercio si è fatto dell'impresa. Secondo il codice si ha impresa e quindi si ha atto di commercio solo quando la produzione è fatta mediante impiego di lavoro altrui, quando l'imprenditore in altri termini recluta il lavoro, lo organizza, lo invigila, lo retribuisce e lo dirige agli scopi della produzione. Se dunque le imprese del codice sono anche imprese economiche, non tutte le imprese economiche sono anche imprese nel senso del codice, ma solo quelle in cui l'elemento lavoro è dato, non già da chi cura la produzione o almeno non esclusivamente da lui, ma da collaboratori organizzati e pagati.

4°) L'ultima categoria di atti di commercio per la loro intrinseca natura è data dalle <u>Assicurazioni</u> (<u>art. 3 n. 19-20</u>). Occorre premettere alcune nozioni sul meccanismo delle assicurazioni. Vi sono molti avvenimenti, i quali singolarmente considerati ci appaiono come dominati dal caso: così la nascita, la morte, il raggiungimento di una certa età, l'incendio, il naufragio, il furto, la grandine ecc. ecc. Orbene, la statistica ci insegna che questi stessi avvenimenti, quando siano considerati per masse o grandi numeri soggiaciono a leggi costanti. Ciò che è causale di fronte ad una singola persona o di fronte ad una singola cosa esposta all'avvenimento, diventa regolato da leggi precise considerato di fronte a un gran nu-

mero di persone o a un gran numero di cose esposte all'evento. Noi sappiamo che ogni anno sopra diecimila persone avvengono tante nascite, tante morti, tanti suicidi; noi sappiamo che sopra diecimila persone della stessa età, dopo dieci anni, ne sopravvive un certo numero; che sopra tanti Km^2 di territorio ogni anno in certe regioni un certo numero è devastato dalla grandine, e possiamo calcolare approssimativamente anche i danni che essa produce; che sopra fabbricati esistenti in una certa località un dato numero ogni anno è colpito dall'incendio, con una media conosciuta di danni; che sopra tante navi che navigano l'oceano un certo numero ne perisce per naufragio e via discorrendo. Dunque è possibile calcolare rispetto a ciascuna persona o cosa, la probabilità che un certo avvenimento rispetto ad essa si verifichi; è su questo calcolo di probabilità che si fonda l'istituto dell'Assicurazione. Se infatti tutti coloro le cui persone e le cui cose sono soggette a un determinato avvenimento, il quale determini un bisogno economico, si uniscono e stabiliscono di dividere fra tutti coloro che sono esposti a quell'avvenimento la somma totale necessaria per far fronte ai bisogni economici che saranno determinati dal verificarsi di quell'avvenimento, è chiaro il vantaggio che può derivare da questa unione. Ciascuna delle persone soggette al verificarsi dell'evento e quindi es

poste al sorgere di un bisogno economico, sarà certa che mediante un sacrificio limitato potrà far fronte al bisogno futuro ove questo venisse a determinarsi per essa. Mediante un sacrificio certo, ma limitato, essa si garantisce, si assicura contro il bisogno eventuale, ma immensamente più grande.

La possibilità che rispetto a una determinata persona o cosa si verifichi un determinato evento si chiama rischio. La somma che preventivamente si calcola necessaria per far fronte al bisogno economico determinato dal verificarsi dell'evento si chiama somma assicurata. Il contributo che ciascun assicurato deve pagare per costituire il fondo necessario al pagamento del totale delle somme che occorreranno per far fronte al totale dei bisogni creati dal verificarsi dell'evento rispetto al complesso degli assicurati, si chiama premio. È da notare che l'evento contro le cui conseguenze ci si vuole assicurare non è sempre necessariamente un evento dannoso, cioè un evento che porti una diminuzione del patrimonio; basta che esso determini un bisogno economico; e anche avvenimenti non dannosi possono determinare un bisogno economico. Per es: Il raggiungere una certa età; per un bambino arrivare a ventun' anno, per un giovane raggiungere i cinquant'anni, per un uomo arrivare ai sessanta o ai settanta sono avvenimenti lieti e che certamente non si può dire che producano un danno, cioè una diminuzione di

patrimonio: ma possono determinare benissimo un bisogno economico.

Il giovane di vent'anni può avere bisogno di mezzi per intraprendere una professione, l'uomo maturo vedrà cresciuti i bisogni della sua famiglia, il vecchio avrà bisogno di riposo negli ultimi anni della sua vita. Ecco come dunque l'assicurazione non ci appare soltanto come un istituto diretto a risarcire un danno, ma ci appare in genere come un mezzo con cui si provvede ad un avvenimento lieto o triste che determina comunque un bisogno economico. Ci sono bensì assicurazioni che hanno per iscopo di risarcire danni e sono le assicurazioni così dette <u>contro i danni</u> (assicurazioni contro gli incendi assicurazioni contro i rischi della navigazione, contro la grandine, contro la mortalità del bestiame, ecc. ecc.). Ma ci sono anche assicurazioni che hanno per iscopo di provvedere agli svariati bisogni economici determinati dallo svolgersi della vita umana e sono le così dette <u>assicurazioni sulla vita</u>, le cui combinazioni sono tanto varie quante sono varie le congiunture della vita che possono avere un riflesso economico. Conviene domandarci, perchè la legge consideri come atto di commercio le assicurazioni per l'assicuratore e non per l'assicurato (art. 6 principio). Una dottrina autorevole, messa innanzi dal Vivante, che ormai si può dire quasi universalmente accolta, ritiene che ciò sia dovuto al fatto che oggidì l'as

sicurazione è esercitata esclusivamente da grandi imprese, da società e istituti solidamente organizzati, mentre la figura dell'assicuratore isolato può dirsi ormai scomparsa dal mondo economico.[1] _L'impresa_ sarebbe dunque un elemento essenziale dell'assicurazione ed a questo titolo la legge avrebbe considerato l'assicurazione atto di commercio per l'assicuratore.[2] Noi dobbiamo fare le nostre riserve su questa concezione. Non neghiamo che l'affare di assicurazione isolato non è concepibile perchè non sarebbe un affare di assicurazione. Ma ciò soltanto perchè l'assicurazione implica la riunione di una gran massa di persone esposte agli stessi rischi e in quanto solo sopra un gran numero di persone il meccanismo dell'assicurazione può funzionare ed un calcolo di probabilità può essere istituito; rispetto ad una singola persona non sono più leggi costanti che regolano l'evento, ma il caso, e quindi un affare di assicurazione isolato si risolve in una scommessa. Non neghiamo neanche che l'assicurazione è esercitata di solito da grandi società o da importanti istituti, ma ciò avviene soltanto per alcune cau

---

(1) Vedi _Vivante_; _il contratto di assicurazione_ - _Milano 85-90_ e _Trattato_. I n. 85; IV n. 1858-59. _Arcangeli_. _Riv. di dir. comm._ 1904. 48; _Montessori_ op. citata pag. 503. _Navarrini_. _Trattato elementare I_ pag. 55. (2) _Montessori_ op. citata pag. 505.

se, come la necessità di un forte capitale di garanzia per fare fronte ad eventualità straordinarie, la necessità di forti spese iniziali per reclutare il numero di associati necessari a fare funzionare l'assicurazione, la necessità di offrire agli assicurati una organizzazione stabile che oltrepassi la durata ordinaria della vita umana, affinchè l'assicurazione possa svolgersi normalmente per tutto il tempo necessario che è sovente lunghissimo. Si comprende come a tutte queste esigenze una persona giuridica che ha durata non limitata e organizzazione più solida risponda assai meglio che non una persona fisica, la cui vita è breve e continuamente minacciata, e il cui patrimonio non costituisce una garanzia fissa per i terzi. Ma nè la impossibilità teorica di un affare d'assicurazione isolato, nè la inettitudine pratica di una persona singola a esercitare sistematicamente la assicurazione, si esprimono correttamente affermando che l'impresa è l'elemento essenziale dell'assicurazione. Secondo il concetto economico l'impresa è l'organizzazione dei fattori della produzione per ottenere un prodotto destinato allo scambio; non si sa dunque come questo concetto economico si possa applicare all'assicurazione, e in ogni modo non si sa perchè, dato il concetto economico dell'impresa, debbano essere escluse le imprese dirette a una produzione isolata, e le imprese individuali. Il concetto certamente giusto che l'esercizio delle assicurazioni è esercizio di una attività sistematica, perchè l'assicurazione è

è riunione di molte persone esposte agli stessi eventi, e ripartizione tra esse delle somme necessarie a fronteggiare le conseguenze economiche degli eventi effetticamente verificatesi, non ha nulla a che vedere con l'impresa come organismo economico, ma significa solo che l'assicurazione è associazione di rischi e di molti rischi omogenei. Egualmente il concetto che l'assicurazione non può essere esercitata che da una persona giuridica, dá un ente di durata sicura e lunga, non ha niente a che fare con l'impresa, ma è relativo soltanto al fatto che l'associazione dei rischi insita nell'assicurazione non può operare di regola se non è stabile e di durata.

Meno infondato sarebbe invece un riavvicinamento dell'assicurazione all'impresa intesa nel senso del codice. In questo caso l'assicurazione sarebbe atto di commercio come impresa cioè come organizzazione del lavoro altrui, e in realtá qualche cosa di vero è in questo riavvicinamento. Indubbiamente l'esercizio dell'assicurazione implica da parte dell'assicuratore una organizzazione tale e una tale complessitá di opera da dovere richiedere l'ausilio non di alcuni ma di molti collaboratori. Le funzioni essenziali dell'assicuratore, vale a dire il reclutamento degli assicurati, la determinazione delle tariffe dei premi su base matematica, l'amministrazione del fondo dei premi, il pagamento delle somme assicurate al verificarsi dell'evento assicura-

to, costituiscono una tale massa di attività di genere svariato da non potere essere certo compiuta se non col concorso di molte persone. L'elemento dell'organizzazione del lavoro altrui vi è dunque nell'esercizio dell'assicurazione. Ma noi non crediamo sia questo il maggior titolo per il quale l'industria delle assicurazioni rientra nella sfera dei rapporti commerciali. Certo intanto non v'è nessun indizio nella legge che a questo titolo l'abbia dichiarato atto di commercio. L'art. 3 n. 19 e 20 parla di assicurazioni semplicemente e non d'imprese d'assicurazioni. E in realtà oltre all'organizzazione del lavoro altrui vi è nell'assicurazione un elemento di importanza assai più decisiva per la determinazione del suo carattere commerciale. L'assicurazione, dicemmo, è riunione delle persone esposte agli stessi rischi; in questa riunione si verifica una vera e propria comunione di rischi. Ciascun assicurato, mettendo in comune il suo rischio individuale coi rischi individuali omogenei di una quantità di altre persone, trasforma il suo rischio individuale in una partecipazione a un rischio collettivo. Mediante questa trasformazione, egli si sottrae alla possibilità di sostenere tutte intere le conseguenze economiche del verificarsi del rischio, ma si addossa fin d'ora, e quindi in modo certo, una quota parte della somma che sarà necessaria per fronteggiare la massa dei bisogni creati dall'effetivo verifi

carsi degli eventi assicurati. Ecco come anche nel l'assicurazione si riscontra una forma particolare di scambio; il che del resto è evidente appena si pensi che l'assicurazione è comunione e che in ogni comunione si ha uno scambio, in quanto che ciascun comunista scambia la cosa che mette in comune con una quota parte delle cose diventate comuni. Soltanto, nell'assicurazione non è un bene che si pone in comune, si pone in comune un rischio, cioè la possibilità di un evento che determina un bisogno economico, e perciò si partecipa, non ad un patrimonio, non ad un complesso di beni, bensì ad un complesso di bisogni. Ma non è detto che soltanto dei beni possa darsi comunione e scambio: si può dare comunione e scambio anche dei debiti ed anche dei bisogni. In conclusione nella assicurazione noi abbiamo lo scambio d'un rischio collettivo. Ora può darsi che questo scambio, cioè la comunione dei rischi, avvenga spontaneamente, per iniziativa delle stesse persone esposte agli stessi rischi, e in realtà la prima forma da cui apparve l'assicurazione in senso tecnico fu appunto la forma mutua. Le persone esposte agli stessi rischi si riunivano, mettevano in comune i loro rischi, e, verificatosi l'evento assicurato, ripartivano fra tutti gli associati la somma necessaria a fronteggiare gli effetti, versandola poi all'associato rispetto al quale l'evento si era verificato. Ma ben presto anche in questa forma di scambio intervennero gli intermediari, e alla asso

ciazione spontanea degli interessati, si sostituì un ente intermediario, che ne assunse le funzioni. Si costituirono potenti società anonime che erano le uniche adatte per la loro solidità economica e per la loro durata ad assumere siffatte funzioni. Queste società si interposero fra tutti coloro che erano esposti agli stessi rischi, andarono in cerca degli assicurati e concentrarono i rischi in sè per distribuirli poi fra gli assicurati sotto forma di premio. Lo scambio e l'associazione dei rischi si opera oggi dunque attraverso le grandi società anonime o i grandi enti che esercitano la industria delle assicurazioni. L'istituto assicuratore si assume tutti i rischi individuali, che poi ripartisce in tante quote che addossa agli stessi assicurati. Si vede dunque quanta analogia vi sia fra la funzione dell'assicuratore e quello degli altri intermediari dello scambio. Come il mercante concentra le merci e le distribuisce, come il banchiere concentra il credito e lo distribuisce, come l'imprenditore concentra il lavoro e ne distribuisce i prodotti, così l'assicuratore concentra i rischi e li ripartisce.

Le altre categorie di atti all'infuori delle quattro or ora ricordate, che gli art. 3-4 e 6 dichiarano commerciali, traggono la loro commercialità non già dallo loro intrinseca natura, ma dal rapporto di connessione in cui si trovano con un atto di commercio. Per vari atti questa ragione appare evidente dalla stessa formulazione della legge. Così

le operazioni di mediazioni in affari commerciali art. 3 n. 22): i depositi per causa di commercio (art. 3 n. 23); il conto corrente e l'assegno bancario aventi una causa commerciale (art. 6 cap.); le assicurazioni di cose che sono oggetti o stabilimenti di commercio (art. 6 princ.); le compere e vendite di quote o azioni di società commerciali (che implicano l'interessamento o il disinteressamento rispetto ad una impresa commerciale cod. di comm. art. 76) (art. 3 n. 5); e anche tutti in genere gli atti dei commercianti, i quali si presumono naturalmente connessi con la professione commerciale di chi lo compie. (art. 4).

Ma questa ragione della connessione è il fondamento della commercialità anche di altri atti, in cui essa non appare a prima vista. Così per il riporto (art. 3 n. 4). Economicamente (gli atti di commercio ricordiamo debbono essere considerati come rapporti economici) il riporto è un prestito di danaro garantito da pegno irregolare di titoli o un prestito di titoli garantita da pegno irregolare di danaro, in corrispettivo di un compenso che nel primo caso si chiama riporto, nel secondo deporto. Queste operazioni di credito, mediante le quali si procura danaro o titoli, possono servire a svariati intenti, tutti quanti però connessi a una speculazione commerciale: servono agli speculatori di borsa per ottenere il danaro e i titoli necessari alle loro speculazioni; alle banche per impiegare proficua

mente i capitali, che loro affluiscono; alle aziende commerciali o industriali, per realizzare denaro senza alienare definitivamente i titoli che costituiscono le loro riserve. Raramente o mai un privato farà un riporto per i bisogni della sua azienda domestica od agricola: egli, certo, non può aver bisogno di prendere a prestito titoli, e se vorrà prendere a prestito denaro, ed ha a sua disposizione titoli, preferirà alienarli o al più costituire su di essi un vero e proprio pegno regolare. La connessione con una operazione commerciale, in cui si trova normalmente ogni operazione di riporto, spiega dunque la commercialità di questo atto.

Meno semplice si presenta il problema delle cambiali (art. 3 n. 12). La cambiale è considerata atto di commercio proprio perchè normalmente essa è connessa come un affare commerciale. Questa connessione appare già nella prima fase dello sviluppo storico della cambiale, quando essa era strumento del cambio traiettizio, quando cioè serviva ai pagamenti fra piazze lontane: rapporti di debito e credito, fra piazza e piazza, non si stabilivano in fatto di regola che in seguito ad operazioni di commercio. Ma anche nella fase odierna di sviluppo dell'istituto cambiario, in cui la cambiale è diventata un puro e semplice titolo di credito, quella connessione originaria continua, per altro motivo, a sussistere. Oggidì infatti, la cambiale adempie

alla sua normale funzione economica, quando è strumento di credito <u>commerciale</u>, quando cioè dipende da una operazione di <u>commercio</u>. In pratica, è vero, la cambiale è spesso adoperata per molti altri scopi, come strumento di credito industriale, di credito agrario e perfino di credito improduttivo. Ma sono qual più, qual meno, tutte deviazioni, piene di inconvenienti pratici le quali non tolgono, che nella sua buona e normale funzione, la cambiale debba considerarsi come un necessario quotidiano sussidio della sola attività <u>commerciale</u>.

Egualmente, come per la cambiale, per ragioni storiche e per ragioni pratiche debbono ritenersi commerciali, perchè connesse con l'esercizio del commercio, le diverse attività inerenti alla <u>navigazione</u>.

Sono in verità dalla legge considerati atti di commercio la <u>costruzione, la compera, la vendita e la rivendita di navi</u> (art. 3 n. 14); <u>le compere e le vendite di attrezzi, arredi, vettovaglie, combustibili, ed altri oggetti di armamento per la navigazione</u>. (art. 3 n. 15); <u>le spedizioni marittime</u> (art. 3 n. 16): gli <u>arruolamenti di persone a servizio di navi di commercio e le convenzioni per salari e stipendi di equipaggi</u> (art. 3 n. 17): <u>i noleggi e i prestiti a cambio marittimo e gli altri contratti riguardanti</u> il <u>com</u>

mercio di mare e la navigazione (art. 3 n. 18).

Se si considera che la massima del commercio mondiale si è sempre fatta per via di mare, e che in tutti i tempi la navigazione ha servito e serve al commercio, è facile comprendere il fondamento di questa disposizione di legge. Dal punto di vista storico la connessione fra l'esercizio della navigazione e l'esercizio del commercio è evidente. Per lungo tempo l'armatore e il capitano furono anche commercianti: essi non solo provvedevano ad armare e a far navigare la nave, ma trafficavano nei vari paesi dove la navigazione li conduceva; compravano merci in un porto e le rivendevano altrove o assumevano incarico di vendere e di comprare e di scambiare merci per conto altrui. Con l'introduzione della navigazione a vapore, con l'impianto di linee regolari, le due funzioni si sono separate e l'antica connessione fra l'esercizio del commercio e quello della navigazione è venuta meno. Resta tuttavia vero anche oggi, che se non l'armatore, il caricatore, è di regola, un commerciante, che della navigazione si serve come un mezzo per l'esercizio del suo commercio: perciò tutti i rapporti inerenti al carico sono anche oggi connessi con una attività commerciale principale. Non sono invece oggi più connessi con un'altra attività mercantile i rapporti inerenti all'armamento della nave; tutti questi rapporti debbono ritenersi commerciali non già per una ragione di connessione e di accessorietà, ma

per una ragione intrinseca. Tuttavia, la legge nostra, non ha seguito qui, come in molti altri casi, l'evoluzione compiuta dall'industria navale, e considera i rapporti della navigazione tutti insieme, senza distinguere quelli, a cui il carattere commerciale deriva dalla loro intima natura, da quelli a cui esso deriva da un rapporto di connessione, e, invece di considerare come commerciali per connessione i soli rapporti inerenti al carico, e commerciali per sè, perchè costituenti <u>imprese</u>, i rapporti inerenti all'armamento, continua a conglobare gli uni e gli altri in una serie di atti commerciali per connessione.

In ultimo una ragione di connessione spiega la commercialità dei <u>depositi nei magazzini generali e di tutte le operazioni sulle fedi di deposito e sulle note di pegno da essi rilasciate</u> (art. 3 n. 24).

Qui non sono contemplati tutti i rapporti inerenti ai magazzini, ma le sole operazioni di deposito e quelle concernenti i titoli rilasciati dai magazzini in seguito al deposito. Or non è dubbio che <u>nella sua funzione normale</u> il deposito nei magazzini generali serve ad agevolare il traffico delle merci in quanto i magazzini rilasciano titoli (<u>fedi di deposito</u>) il cui trasferimento basta per trasferire la disponibilità delle merci; come ad agevolare il credito durante la circolazione delle merci facili

tando gli anticipi su di esse, servono le fedi di deposito e le note di pegno rilasciate dai magazzini. Di regola infatti deposita merci nei magazzini il commerciante, che le ha acquistate per un intento di speculazione; e gira la fede di deposito, che dà diritto alla riconsegna pura e semplice della merce, il commerciante, che vende la merce depositata, ponendo così termine alla sua speculazione, come gira la nota di pegno il commerciante, che non volendo o non potendo vendere la merce, vuole intanto realizzare parte almeno del capitale investito, ottenendo anticipi su di essa. Non si nega che il deposito nei magazzini possa eventualmente servire ad altre operazioni non commerciali; ma si tratta di casi eccezionali, che nulla tolgono alla normale connessità, che esiste fra le varie operazioni inerenti al deposito, e la speculazione commerciale.

Il modo con cui la legge tratta gli atti <u>connessi</u> con una attività commerciale è diverso. Qualche volta il problema non si pone neppure; vi sono dei casi in cui si tratta di una connessione <u>necessaria</u>; così per <u>l'assicurazione</u>, nei riguardi dell'assicurato, <u>quando abbia per oggetto cose e stabilimenti di commercio</u> (art. 6 princ.); così per la <u>compera e vendita di quota</u> e <u>azioni di società commerciali</u> (art. 3 n. 5).

Il problema si pone invece quando (e ciò avviene nella gran maggioranza dei casi) la connes

sione non è logicamente necessaria, quando si tratta di atti che, in sè considerati, posson servire, ma possono anche, eventualmente, non servire a una speculazione commerciale.

a) Nei casi più semplici, la legge vuole che la connessione sia volta per volta dimostrata: sono considerati come commerciali gli atti, in cui sia provata la connessione con un affare commerciale. Così per la mediazione (art. 3 n. 22); per i depositi (art. 3 n. 23); per il conto corrente e l'assegno bancario (art. 6).

b) Altre volte, e precisamente per l'ampia categoria di atti contemplati nell'art. 4, la legge presume la connessione, ma ammette la prova contraria. Infatti tutti gli atti compiuti da un commerciante si presumono senz'altro connessi con la sua attività commerciale, ma la prova del contrario, cioè della non connessione, è ammessa.

Non è ammessa in modo illimitato, ma solo nei termini tassativamente indicati nell'art. 4; si tratta dunque non già di una presunzione assoluta, ma di una presunzione relativa, e precisamente di quelle presunzioni relative, che ammettono solo alcune prove in contrario. La presunzione si riferisce a tutti quanti gli atti del commerciante; tutti gli atti del commerciante perciò, rientrino o non rientrino nella sfera ordinaria dei suoi affari, si presumono connessi colla sua attività mercantile. Per combattere questa presunzione non si possono addurre che

due prove: o che la connessione coll'esercizio mercanti le è esclusa dalla natura stessa dell'atto; o che dalle circostanze stesse dell'atto questa esclusione rimanga provata. Non si può perciò sottrarsi alla presunzione dell'art. 4, se non provando I° che la stessa natura dell'atto esclude la connessione ossia che l'atto è essenzialmente civile. In questo senso non è atto essenzialmente civile la donazione (perchè vi sono donazioni fatte per cause di commercio, es: doni per réclame, gratificazioni agli impiegati di una azienda ecc.); neppure sono in questo senso atti essenzialmente civili gli atti illeciti, perchè non è raro purtroppo che il commercio degeneri in attività illecite; meno che mai sono atti essenzialmente civili i contratti agrari che sono di solito civili, ma possono anche connettersi con l'esercizio del commercio per es: con imprese edilizie e col commercio del bestiame; essenzialmente civili insomma non sono che gli atti che per loro stessa natura escludono la connessione col commercio ad es: il testamento, il matrimonio, l'adozione. II) che la connessione con una attività commerciale è esclusa dalle circostanze stesse dell'atto; ciò che vuol dire semplicemente che gli elementi per combattere la presunzione possono desumersi dall'atto solo e non da fatti antecedenti o susseguenti e deve aversi riguardo alla volontà comune delle persone che parteciparono all'atto e non agli intendimenti segreti di una sola di esse.

c) Infine altre volte e precisamente per il

riporto (art. 3 n 4) per le cambiali (art. 3 n. 12) per le diverse attività inerenti alla navigazione (art 3 n. 14-18) per i depositi nei magazzini generali (art. 3 n. 24), la connessione con una attività commerciale è presunta dalla legge iuris et de iure senza possibilità cioè di prova contraria. Si tratta proprio di presunzione e non di finzione perchè il fatto su cui la legge si basa per dichiarare commerciali queste varie attività, cioè la connessione con un affare commerciale, è normalmente vero, quindi è probabile mentre la finzione si ha soltanto quando la legge suppone vero un fatto la cui esistenza è esclusa. Si tratta poi di presunzione e non di conseguenze giuridiche direttamente sancite dalla legge, perchè tutte le disposizioni che delimitano la materia di commercio, appartengono alla categoria delle norme completive, e non a quella delle norme direttamente regolatrici. Si tratta infine di presunzioni e non di determinati fatti presi direttamente in considerazione dalla legge, come è per gli atti di commercio fondamentali, perchè i diversi rapporti che abbiamo ora indicati, non costituiscono, per sè, rapporti caratteristici e necessariamente distinti dagli ordinari rapporti della vita civile; che anzi non di rado, nel fatto, gli atti di cui è questione sono posti in essere nello svolgimento dei più normali rapporti della vita civile. Ciò avviene per la cambiale, per il deposito dei magazzini generali, per molti atti inerenti alla navigazione, e ciò potrebbe eventualmente avvenire anche per il riporto. Se la legge

pertanto considera tutti questi atti come commerciali, ciò non può avvenire se non in virtù della loro normale connessione con un affare commerciale: la legge dal fatto noto del loro compimento, desume il fatto ignoto, ma probabile del loro riferimento ad una attività mercantile; ciò significa appunto che la legge non prende in considerazione quegli atti per sè, ma per la loro probabile connessione con una attività commerciale, e perciò quando li dichiara incondizionamente commerciali stabilisce di necessità una presunzione assoluta di connessione fra essi e una attività per sè commerciale.

Adunque, accanto ai quattro tipi di atti dichiarati commerciali per la loro intrinseca natura, la legge ha riconosciuto l'esistenza di un'altra numerosa categoria di atti considerati commerciali in ragione della loro connessione con una attività commerciale principale, per quanto diverso sia il modo con cui essa considera questa connessione. Qualche cosa di vero è dunque nella dottrina professata principalmente dal Bolaffio in Italia[1] e che in Francia è comunemente seguita[2] per cui bisognerebbe riconoscere una categoria di atti accessori.

---

(1) Bolaffio Commento pag. 88 e seguenti; Riv. di Diritto Commerciale 1909 pag. 1 e segg. vedi però le riserve dello stesso Bolaffio in Giurisprudenza Italiana 1911 IV - 54.

(2) Vedi da ultimo Thaller = Traité élementaire pag. 9

Tuttavia la nostra dottrina si discosta così dalla concezione francese dell'atto di commercio accessorio, come dalla concezione del Bolaffio. In Francia si considerano atti di commercio accessori solamente quelli di cui si occupa l'art. 4 del cod. di commercio italiano, vale a dire gli atti compiuti da un commerciante, che si riferiscono al suo esercizio commerciale. Questa concezione è evidentemente troppo ristretta, perchè, come abbiamo visto, molte altre categorie di atti sono dichiarate commerciali per la loro connessione con una attività commerciale. La dottrina del Bolaffio poi aveva il vizio di origine di voler introdurre la categoria di atti di commercio accessori accanto alle due categorie degli atti di commercio oggettivi e subiettivi ammesse dalla dottrina dominante. La ripartizione che così ne risultava non aveva alcuna consistenza scientifica, se non altro per la ragione, che a base di essa stavano contemporaneamente criteri diversi di classificazione. La distinzione fra atti obiettivi e subiettivi, inconcludente come abbiamo veduto, si fondava sul processo storico di formazione della materia commerciale. La categoria degli atti di commercio accessori supponeva un'altra distinzione basata su un criterio affatto diverso, cioè sulla ragione sostanziale della sottoposizione di una attività alla disciplina del dir. comm.

È naturale perciò che si rimproverasse al Bolaffio di avere creato colla categoria degli atti accessori qualche cosa di perfettamente superfluo, perchè in verità, dato il criterio di classificazione finora dominante, gli atti di commercio obiettivi e subiettivi esauriscono tutta la serie degli atti di commercio e non vi è più posto per gli atti accessori. Soltanto liberandosi dalle pastoie della distinzione tra atti di commercio subiettivi e obiettivi e introducendo in sua vece la distinzione più proficua tra atti di commercio principali e per connessione, si può parlare di una categoria di atti di commercio in ragione dell'accessorietà. E in verità le obbiezioni mosse alla categoria degli atti accessori secondo il Bolaffio non hanno ragione di essere, riferite alla nostra categoria degli atti commerciali per connessione. La prima obbiezione che il Vivante muove al Bolaffio[1] è che colla dottrina dell'accessorio si attribuisce il carattere di atti accessori ad atti autonomi, come l'assicurazione, il conto corrente, la cessione, l'assegno bancario. Questa obbiezione evidentemente non ci tocca perchè noi non affermiamo affatto che gli atti commerciali per accessione siano atti per sè accessori; nel nostro concetto essi invece sono atti che secondo la loro natura possono servire ai più svariati intenti e che non sono necessariamente connessi ad una attività commerciale;

---

(1) Vedi Vivante. Trattato I N.° 33

ma possono essere posti a servizio di <u>una attività com</u>
<u>merciale</u> e <u>possono</u> essere connessi con una attività com
merciale. Quando questa connessione esiste, essi trag
gono dall'atto commerciale con cui sono connessi il
carattere commerciale. Come una causa connessa
con un'altra è soggetta alla competenza dello stes
so tribunale competente per la prima (codice di pro
cedura civile art. 98), anche se la connessione non
è la accessorietà (confronta codice di p. c. art. 99 e 100),
così un affare connesso con una attività commercia
le è regolato dal codice di commercio, anche se non
è un affare sostanzialmente accessorio. Così l'assicu
razione rispetto all'assicurato è commerciale quan
do cade su cose che sono oggetti o stabilimenti di com
mercio, perchè gli oggetti e stabilimenti di commercio
presuppongono una azienda commerciale, cioè un
esercizio commerciale già esistente, al quale pertanto
l'assicurazione si riferisce; e l'esercizio commerciale ri
sulta appunto da un complesso di atti appartenen
ti a una delle categorie di attività dichiarate
dal legislatore intrinsecamente commerciali. Così
il conto corrente è commerciale quando ha causa
commerciale, quando, vale a dire, si riferisce a un
affare o a un complesso di affari intrinsecamente
commerciali. E lo stesso si dica per l'assegno banca
rio e per la cessione. La seconda obbiezione del Vi
vante consiste nel rilevare al Bolaffio che egli al
lo scopo di formare la categoria degli atti accesso

ri, ha tolto alcuni atti dalla categoria degli atti di commercio obiettivi. Questa obbiezione parte dal presupposto che la categoria degli atti obiettivi sia una categoria legislativa ed intangibile, mentre, come abbiamo veduto, essa non è che il prodotto di una imperfetta elaborazione dottrinale: noi avendola distrutta possiamo procedere a un raggruppamento più razionale dei vari atti che la componevano con ogni libertà. La terza obbiezione del Vivante parte sempre dal preconcetto che la categoria degli atti accessori comprenda atti accessori per loro natura e rimprovera al Bolaffio di avere riunito tutti gli accessori in una categoria distinta, per sè stante, mentra secondo il carattere tipico dell'atto accessorio, che deve essere disciplinato in relazione all'atto principale, a cui è connesso. In verità io non so che portata abbia questa obbiezione Quando si fa rientrare un atto nella categoria degli atti di commercio non si provvede punto alla sua concreta disciplina giuridica; si dice solo che deve essere regolato dal dir. comm. E quindi, allorchè si dice che un atto deve considerarsi commerciale per connessione, si dice soltanto che deve essere regolato dalla legge commerciale come dalla legge commerciale è regolato l'atto principale. L'ultima obbiezione del Vivante è che la categoria degli atti di commercio accessori è infeconda, perchè secondo la stessa confessione del Bolaffio gli atti di commercio accessori non potrebbero mai di per sè soli dare vita

ad un esercizio commerciale e quindi non potrebbero mai creare un commerciante. Anche qui la censura non ci tocca. Noi non pretendiamo affatto che tutti gli atti di commercio debbano condurre alla creazione del commerciante. A noi sembra che sia sufficientemente dimostrata l'utilitá di dichiarare commerciale un atto, quando si ammetta, che con tale dichiarazione l'atto viene ad essere regolato dal diritto commerciale. Ed è questa appunto la funzione della categoria degli atti di commercio per connessione. È una funzione abbastanza importante che giustifica abbastanza l'esistenza della categoria. L'altra funzione di dare vita ad un esercizio mercantile spetta solo agli atti di commercio fondamentali. Noi quindi siamo logici quando riconosciamo due categorie di atti di commercio; una sola delle quali ha la doppia funzione di sottoporre i rapporti che ne derivano al diritto commerciale e di creare i commercianti; la dottrina dominante non è logica, quando censura la categoria degli atti accessori perchè non dà vita al commerciante e annovera poi fra gli atti di commercio obiettivi una quantitá di atti come la cambiale, la compera di azioni di societá commerciali, i contratti marittimi, i depositi nei magazzini generali, che non danno evidentemente vita a un esercizio commerciale. In conclusione noi riconosciamo due categorie di atti di commercio: a) gli atti di commercio <u>fondamentali</u> che sono quat-

tro: la interposizione nello scambio delle cose mobili ed immobili; la interposizione nel credito, la interposizione nel lavoro, la interposizione nel rischio. b) gli atti di commercio per connessione che sono: il riporto, le cambiali, gli affari marittimi, i magazzini generali in cui la connessione con una attività commerciale è presunta juris et de jure; gli atti compiuti da un commerciante in cui la connessione è presunta juris tantum; ed una quantità di altri atti in cui la connessione deve essere volta per volta provata, così per es: la compera-vendita, che è commerciale quando ha per oggetto quote ed azioni di società commerciali, l'assicurazione, che è commerciale quando ha per oggetto cose o stabilimenti di commercio; le operazioni di mediazioni, che sono commerciali quando hanno per oggetto la conclusione di affari commerciali, i depositi, i conti correnti gli assegni bancari, che sono commerciali quando hanno causa commerciale.

Possiamo adunque dare la definizione dell'atto di commercio, affermando che la legge considera atto di commercio e quindi sottopone all'impero del diritto commerciale ogni atto in cui si realizzi una funzione intermediaria nello scambio qualunque sia l'oggetto dello scambio e ogni atto connesso con questa funzione intermediaria. L'aver guadagnato questo principio generale desumendolo dal sistema della legge, è praticamente

assai importante. Ne derivano infatti due conseguenze:

I° ogni attività in cui si esplica una funzione intermediaria degli scambi, è atto di commercio, qualunque sia la persona che la compie, qualunque sia l'oggetto e la forma dello scambio che quella funzione vuol facilitare. Quindi si ha atto di commercio anche quando la funzione intermediaria è esercitata non a scopo di lucro, ma per ragioni di interesse sociale o anche per beneficenza: l'idea della speculazione o del lucro non è essenziale all'atto di commercio: sono enti commerciali anche le società cooperative che hanno per iscopo non di eliminare la funzione intermediaria, ma il lucro dell'intermediario. Si ha atto di commercio anche quando la funzione intermediaria è esercitata dallo stato o da un altro ente pubblico. Si ha atto di commercio anche quando la funzione intermediaria sia esercitata su cose o con forme diverse da quelle considerate nei quattro casi tipici prevenuti dal codice di commercio.

II° Ogni attività connessa con una attività intermediaria è commerciale, anche all'infuori dei casi espressamente preveduti dalla legge. Il campo dell'estensione analogica è qui immensamente vasto. Non si potranno certo creare presunzioni di connessione, ma dovunque la connessione è dimostrata, il carattere commerciale deve essere ri-

conosciuto. È quindi commerciale non solo la compera di quota o di azione di società commerciale, ma anche la compera di una azienda commerciale; non solo le mediazioni in affari commerciali; i depositi per affari commerciali; il conto corrente e l'assegno bancario per causa commerciale, ma anche la locazione per causa di commercio, anche il pegno, anche il mandato, anche la cessione, anche la transazione, anche il mutuo che hanno causa di commercio, cioè sono connessi con ogni attività commerciale.

*

*   *

Abbiamo detto che la legge prende a base per la determinazione dei rapporti a cui deve applicarsi il diritto commerciale, il concetto dell'atto di commercio. Ciò significa che la determinazione dell'atto di commercio non è che un mezzo per dichiarare commerciali, cioè soggetti alla legge commerciale, i rapporti che ne derivano. La legge risale all'atto per determinare i rapporti costituenti la materia di commercio. Sorge così spontaneo il dubbio che sia questo l'unico mezzo col quale è possibile stabilire la commercialità di un rapporto: se in altri termini, non vi siano altri rapporti commerciali se non quelli derivanti da un atto di commercio principale o per connessione. Ora basta aprire il codice di commercio per convincersi che vi sono rap-

porti soggetti alla legge commerciale e quindi commerciali, che non si possono considerare come il prodotto di un atto di commercio. Tutti i rapporti personali dei commercianti, per es: l'obbligo loro di tenere certe specie di libri (art. 21 e segg. codice di commercio); l'obbligo di trascrivere il contratto di matrimonio (art. 16 cod. di commercio); di trascivere la separazione dei beni (art. 19 cod. di comm.) sono rapporti regolati dal diritto commerciale e costituiscono perciò materia di commercio. La capacità di esercitare il commercio professionalmente (art. 9 e seg. cod. di commercio) o di fare atti isolati di commercio (art. 7 e 14 cod. di commercio) è ugualmente regolata dal diritto commerciale. La costituzione, la organizzazione, la fine delle società commerciali (art. 76 e segg. codice di comm.) danno luogo a rapporti regolati dal dir. comm.le Il possesso dei titoli al portatore (art. 56 e 57 cod. di comm.), e della cambiale (art. 329 e 332 cod. di comm.), la proprietà e il possesso delle navi (art. 480 e seg. cod. di comm.), i diritti reali dei terzi nel fallimento (art. 780 e segg., 802-803-804) sono regolati dal diritto commerciale e costituiscono materia di commercio. Eppure sono tutti rapporti questi, che non si possono fare discendere da una attività, ma che derivano invece da uno stato di fatto permanente; così i rapporti personali del com-

merciante; così i rapporti interni della società sono rapporti derivanti dalla esistenza del gruppo sociale e non da una attività determinata, perchè sarebbe assurdo o artificioso il volere fare derivare tutti i rapporti interni della vita di una società, che può durare anni ed anni, dell'atto iniziale di costituzione; così non derivano evidentemente da un atto, ma da uno stato, da una condizione tutti i rapporti reali regolati dal diritto commerciale. È dunque evidente che esistano altre fonti di rapporti commerciali all'infuori degli atti di commercio e precisamente vi sono delle condizioni o stati di fatto permanenti che danno luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale.

Quali sono questi stati o condizioni di fatto? Noi possiamo distinguere fra esse due categorie.

a) La prima è data dalla condizione o stato personale di commerciante. Sotto questo punto di vista rimane anche oggi considerevole la importanza giuridica della figura del commerciante, cioè del professionista del commercio. Lo stato di commerciante che una volta dava il criterio per determinare tutta la materia di commercio, oggi fornisce tuttavia il criterio per stabilire la commercialità di un certo numero di rapporti. E precisamente anche oggi costituiscono materia di commercio tutti i rapporti personalissimi del commerciante, quelli cioè che riguardano la sua persona come tale. Questi rapporti non

sono molto numerosi per il commerciante individuo, perchè la persona fisica rimane sempre nello stato moderno sotto l'impero della legge comune che disciplina lo stato di tutti i cittadini, e perciò i rapporti speciali del suo stato di commerciante si riducono relativamente a pochi. Diversamente stanno le cose invece rispetto alle persone giuridiche commercianti cioè alle società commerciali. Queste persone giuridiche danno luogo a una quantità di rapporti interni, rapporti che diremo corporativi, che sono numerosi e molto importanti in questa come in tutte le altre specie di corporazione. Tali rapporti sono specifici, propri alle società commerciali come persone giuridiche aventi per iscopo il commercio, e perciò rientrano interamente sotto la sfera di applicazione del diritto commerciale.

b) Un'altra categoria di stati o condizioni che danno luogo a rapporti regolati dal dir. commerciale è data dalle varie forme di godimento dei beni del mondo esterno. Questo godimento può avere origine benissimo da un atto di acquisto, che non ha niente a che vedere col commercio e che non è atto di commercio e tuttavia dà luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale. Se, ad esempio, un privato riceve per successione ereditaria titoli al portatore o se acquista titoli al portatore per goderne pacificamente i frutti se taluno riceve in eredità una azienda commer

ciale e per liberarsi da brighe o responsabilità la dà in affitto, evitando così di divenire commerciante, il godimento dei titoli o dell'azienda dà luogo a rapporti che sono commerciali. Eppure l'atto d'acquisto degli uni e dell'altra non è atto di commercio. Ciò significa che questi rapporti sono commerciali non perchè dipendano da una attività commerciale, ma per la particolare natura della cosa su cui cade il godimento. Allo stesso modo se taluno ha ricevuto per successione ereditaria un immobile e lo ha acquistato per abitarlo e poscia intrapenda l'esercizio del commercio e si serve dell'immobile per uso di magazzino o di bottega, noi abbiamo un godimento della cosa che dà luogo a rapporti regolati dal dir. comm.le, come or ora vedremo, eppure l'atto da cui il godimento derivò non fu certo commerciale. In questo caso il godimento dà luogo a rapporti commerciali per la sua particolare natura, vale a dire, perchè il godimento diventa mezzo per una speculazione commerciale, perchè è un godimento fatto a scopo commerciale. Da tutto ciò si rileva la profonda differenza che esiste fra queste due categorie di stati o condizioni di fatto che danno luogo a rapporti regolati dal dir. comm.le Mentre lo stato di commerciante è una condizione di fatto che trae dalla sua intrinseca natura la ragione d'essere della sua commercialità, il godimento di un bene del mondo esteriore è una condizione di fat

to che trae la sua commercialità da un rapporto di connessione con una attività commerciale. Lo stato di commerciante, persona fisica o giuridica, è dunque uno stato di fatto commerciale per sè, uno stato di fatto intrinsecamente commerciale. Il godimento di una cosa del mondo esterno è commerciale solo quando o la cosa su cui cade sia destinata normalmente al commercio o quando il godimento sia diretto ad uno scopo commerciale; in sostanza nell'uno o nell'altro caso quella circostanza di fatto è commerciale per connessione.

Si riproduce così rispetto agli stati o condizioni di fatto la stessa distinzione che abbiamo delineata riguardo alle attività: come vi sono degli atti di commercio fondamentali e sono quelle quattro categorie di atti enumerate dalla legge, così vi è una condizione di fatto fondamentalmente commerciale, cioè lo stato o condizione di commerciante. Come vi sono degli atti commerciali per connessione, così vi sono degli stati o condizioni di fatto commerciali per connessione.

In conclusione, poichè la determinazione delle attività o degli stati di fatto commerciali non è che un mezzo per giungere a quello che è lo scopo vero a cui tendiamo, vale a dire la determinazione <u>dei rapporti</u> costituenti la materia di commercio, noi possiamo affermare, come risultato di tutte le premesse indagini, che <u>sono commercia</u>

li, vale a dire regolati dal diritto commerciale, tutti i rapporti derivanti o da un atto di commercio fondamentale o dallo stato di commerciante, e tutti i rapporti derivanti da un atto o da uno stato di fatto connesso con una attività commerciale.

*

* *

I rapporti commerciali, qualunque sia l'attività o lo stato di fatto da cui derivano, sono rapporti sociali, vale a dire sono sempre rapporti fra uomini. Essi corrono dunque sempre fra due soggetti almeno, perciò non si può concepire un rapporto sociale unilaterale. Ciò è vero, non solo per quei rapporti che regolati dal diritto dànno luogo a quei diritti così detti relativi o diritti di obbligazione, ma anche per quei rapporti che danno luogo ai così detti diritti assoluti cioè specialmente ai diritti della personalità e ai diritti reali. La differenza sta solo in ciò che nei diritti relativi i rapporti corrono tra due persone individualmente determinate e nei diritti assoluti corrono fra una persona e tutti i componenti della collettività, i quali sono tutti obbligati a rispettare il diritto. Così avviene anche per i rapporti commerciali. Ve ne sono alcuni e precisamente quelli che derivano da un atto di commercio che dànno luogo a rapporti con persone individualmente determinate, quindi a diritti di obbligazione, ve ne sono altri invece, quelli cioè derivanti da stati o condizioni di fatto, che dan-

no luogo a rapporti con tutta la collettività e quindi a diritti assoluti, personali e reali.

Ora può darsi e si dà anzi normalmente che un rapporto derivante da una attività o da uno stato di fatto considerato commerciale si presenti diversamente rispetto alle persone fra cui corre. Un rapporto unico può essere per uno dei soggetti il prodotto di uno stato o di una attività commerciale, e per l'altro l'effetto di uno stato o di una attività non commerciale. Si comprende come ciò sia per i rapporti derivanti da uno stato o da una condizione di fatto; si tratta di rapporti con la collettività e nei quali ciascuno dei consociati figura come tale e quindi in una qualità che esclude per lui ogni riferimento al commercio; il rapporto è dunque di necessità unilateralmente commerciale. Ma lo stesso accade anche per i rapporti derivanti da un atto di commercio. Riguardo ai rapporti derivanti dagli atti di commercio fondamentali la stessa natura dell'atto di commercio fondamentale spiega come normalmente i rapporti che ne derivano siano commerciali solo per una parte. L'atto di commercio fondamentale è sempre la espressione di una attività intermediaria e quindi di una attività complessa, di una serie di scambi fra loro coordinati. Questa attività intermediaria si svolge mettendo a contatto l'intermediario con persone che mirano a fare un atto di scambio puro e semplice per cui lo scambio non è commerciale. Così il commerciante in

merci, quando acquista dai produttori, fa degli atti di scambio che per lui sono manifestazioni di una funzione intermediaria e quindi commerciali, e per i produttori sono atti che con la funzione intermediaria non hanno nulla a che fare; ed egualmente quando il commerciante vende i prodotti ai consumatori fa un secondo atto di scambio che per lui è commerciale e per i consumatori no. Così il banchiere, quando raccoglie i capitali monetari dai clienti, specialmente mediante i depositi, fa un atto che per lui è d'intermediazione e per i clienti non lo è, e quando distribuisce i capitali mediante prestiti o sconti, fa un atto che è commerciale per lui e che spessissimo non è commerciale per i clienti. Così l'imprenditore quando recluta e paga i lavoratori fa un atto solo per lui commerciale, di regola quando fornisce al pubblico le cose o i servizi prodotti; così infine l'assicuratore quando raccoglie gli assicurati, quando ripartisce fra loro il rischio, facendo pagare il premio e quando paga la somma assicurata fa atti che sono per lui d'intermediazione e non lo sono per gli assicurati. È vero che può darsi anche il caso che l'atto sia d'intermediazione per tutti i partecipanti e quindi il rapporto sia commerciale per ambedue: per es: il commerciante grossista che rivende al dettagliante, la banca, che risconta cambiali a un'altra banca, l'imprenditore che fornisce merci al com

merciante; ma sono casi direi quasi eccezionali di fronte alla massa di quelli in cui l'atto è commerciale per una persona soltanto ed in cui il rapporto è unilateralmente commerciale. E lo stesso dicasi quanto agli atti di commercio per connessione. Come di regola dà luogo a rapporti commerciali unilaterali l'attività connessa con una attività commerciale. Così in tutti i casi di atti in cui la connessione con un atto di commercio deve essere dimostrata, se l'atto principale era unilaterale anche l'accessorio sarà unilaterale:[1] il deposito sarà commerciale solo per la parte per cui esso rappresenta l'accessorio di una speculazione commerciale. Riguardo agli atti la cui connessione con una attività commerciale è presunta juris tantum cioè rispetto agli atti dei commercianti, non vi è dubbio che il rapporto che ne deriva è sempre unilateralmente commerciale. Solo rispetto agli atti la cui

---

(1) Talora l'atto connesso diventa bilateralmente commerciale, perchè esso è anche per l'altra parte un atto di commercio o fondamentale (es: l'assicurazione di oggetti o stabilimenti di commercio per l'assicuratore è atto fondamentale) o per connessione (es: la compera di azioni di società è comm.le pel compratore e la corrispondente vendita è comm.le pel venditore)

connessione con un atto di commercio è presunta juris et de jure, non v'è luogo a distinguere; la presunzione colpisce egualmente tutti coloro che parteciparono all'atto. Così la cambiale è atto di commercio e per l'emittente e per il prenditore. In tutti i casi in cui abbiamo un rapporto che è commerciale per una parte e non lo è per l'altra (rapporto commerciale unilaterale o misto) sorge la questione della legge che debba regolarlo. Perchè è evidente che un rapporto unico non può essere regolato che da una unica legge e non è logicamente possibile che debba essere regolato dalla legge civile da una parte e dalla legge commerciale per l'altra. Ma quale sarà questa legge? Il codice italiano del '65 (art 91) applicava la legge del convenuto, ossia faceva dipendere l'applicazione della legge civile o commerciale dalla posizione processuale che prendeva la persona per cui il rapporto era civile o commerciale. Il codice albertino del 1845 (art. 680) dava la scelta della legge da applicare alla parte per cui il rapporto non era commerciale. Non v'è bisogno di rilevare i difetti di questi due sistemi, che abbandonavano al caso o all'arbitrio la determinazione della legge da applicare. Il codice vigente, seguendo l'esempio del codice germanico del 61 (paragrafo 227) risolse la questione in modo radicale, stabilendo che quando un atto è commerciale per una sola delle parti "tutti i

contraenti sono per ragioni di esso soggetti alla legge commerciale„. Il che significa che tutti i rapporti misti sono oramai diventati materia di commercio. A questo principio la legge reca due eccezioni. L'art. 54 infatti dice testualmente: "se un atto è commerciale per una sola delle parti, tutti i contraenti sono per ragioni di esso soggetti alle leggi commerciali, fuorché alle disposizioni che riguardano le persone dei commercianti e salve le disposizioni contrarie della legge.„

Di queste due eccezioni la prima è solo apparentemente una eccezione. La verità è invece che i rapporti derivanti dallo stato di commercio a cui allude la legge, sono rapporti che non hanno niente a che fare con l'atto compiuto dal commerciante, ma che dipendono dal suo stato, dalla sua condizione. È ben naturale perciò che si debba distinguere fra i rapporti derivanti dallo stato di commerciante, e i rapporti derivanti dagli atti compiuti dal commerciante. È ben naturale che i rapporti derivanti dallo stato di una delle persone che partecipano a un atto non possano modificare lo stato dell'altra parte, quindi si capisce che le norme riguardanti lo stato del commerciante non possono applicarsi che al commerciante e non al non commerciante che fa un atto di commercio, non solo se l'atto dà luogo a rapporti misti, come è il caso preveduto dall'art. 54, ma anche se l'atto di commer-

ciò da luogo a rapporti bilateralmente commerciali. Quanto ai rapporti personali rispetto ad essi non vi è eccezione poichè anch'essi sono regolati completamente dal diritto commerciale. L'altra eccezione riguarda "le disposizioni contrarie della legge" (art. 54). Secondo l'espressione letterale dell'art. sembrerebbe che vi fossero casi in cui la legge disponesse che uno stesso rapporto debba essere regolato dalla legge commerciale per una parte e dalla legge civile per l'altra. Ora questo è un assurdo che la legge non può sancire; invece l'eccezione consiste in ciò che in taluni casi la legge fa regolare taluni rapporti misti dal diritto civile. Per es: per l'art. 40 del codice di commercio, nelle obbligazioni commerciali i condebitori si presumono tenuti in solido, ma questa presunzione non vale rispetto ai non commercianti per le contrattazioni che per essi non sono atti di commercio; ciò vuol dire che quando un non commerciante per un atto che per lui non è commerciale si obbliga, il rapporto obbligatorio che ne deriva non è regolato dalla legge commerciale che lo presumerebbe solidale, ma è regolato dalla legge civile che questa presunzione non stabilisce.

Quindi a parte la eccezione riguardante le persone dei commercianti che non è una eccezione, rimane la eccezione nei casi in cui la legge stessa dichiara applicabile il diritto civile.

A questa eccezione il Vivante[1] ne vuole

(1) Trattato I n. 102.

aggiunte altre.

Egli esclude anzitutto dalla norma dell'art. 54 tutti rapporti non contrattuali. In questo caso, egli dice che si applica il diritto civile. Questa opinione potrebbe trovare un appoggio nella espressione letterale dell'art. 54 che parla appunto di contraenti. Tuttavia noi non la crediamo fondata. L'argomento letterale non vale molto perchè la disposizione dell'art. 54 ha evidentemente una portata generale; nè la ragione addotta dal Vivante che, mancando un contratto non si può ridurre per forza chi è diventato creditore del commerciante a subire la legge commerciale, vale molto di più, perchè il sottoporre un rapporto alla legge commerciale o alla legge civile è cosa che non dipende affatto dalla volontà delle parti. Quindi a noi sembra che qualunque sia l'origine del rapporto e quindi non solo quando è un fatto non contrattuale, ma anche quando è uno stato o condizione di fatto esso debba essere regolato dalla legge commerciale se è anche parzialmente commerciale: altrimenti dovrebbe giungersi all'assurdo di sottoporre alla legge civile perfino i rapporti inerenti allo stato dei commercianti, che sono evidentemente rapporti non contrattuali.

LIBRO II

I RAPPORTI DI DIRITTO COMMERCIALE IN GENERALE

Cap. I

Concetto natura e specie dei rapporti giuridici commerciali.

§ 14 Abbiamo fin'ora, parlando della materia di commercio, considerato i rapporti regolati dal dir. commerciale come rapporti sociali. Il nostro scopo infatti non era quello invero di esporre la disciplina giuridica di questi rapporti, ma di farne la delimitazione. In sostanza noi non volevamo sapere come questi rapporti sono regolati, ma soltanto quali sono i rapporti regolati dal diritto commerciale. Esaurita questa indagine, dobbiamo ora entrare nel vivo della nostra materia e vedere come

il diritto commerciale regola i rapporti, che noi abbiamo delimitati. In questo studio noi troviamo anzitutto una serie di norme che regolano tutti quanti in genere i rapporti comm.li e il cui studio costituisce argomento dalla parte generale della nostra scienza. In questo studio i rapporti commerciali sono considerati come rapporti giuridici ed è per questo che parliamo di <u>rapporti di diritto commerciale</u> o di <u>rapporti giuridici commerciali.</u>

Rapporto di diritto commerciale si può definire qualunque rapporto della vita sociale in quanto viene regolato dal diritto commerciale e diventa perciò rapporto giuridico.

Come ogni rapporto giuridico, il rapporto di diritto commerciale ha una sua propria struttura, vale a dire consta di alcuni elementi, che lo costituiscono. Anzitutto esso presuppone dei soggetti fra cui corre, che devono essere almeno due. Ha poi un suo contenuto specifico, che ne determina l'essenza: consta cioè di un <u>diritto subiettivo</u>, che spetta ad uno dei soggetti, e di un corrispondente <u>dovere giuridico,</u> che incombe all'altro soggetto. Come infatti la norma giuridica è essenzialmente bilaterale, così il rapporto giuridico che ne deriva è anch'esso essenzialmente bilaterale e consta di una facoltà di volere riconosciuta a un soggetto a cui corrisponde una necessità di volere imposta ad un altro soggetto. Infine il rapporto giuridico può

eventualmente avere anche un oggetto ossia cadere so pra una cosa del mondo esterno. Diciamo eventualmente perchè non tutti i rapporti giuridici hanno un oggetto; non hanno un oggetto i diritti di obbligazione. Ma vi sono alcune importanti categorie di rapporti giuridici che hanno un oggetto; così per es: i diritti reali, in cui la somma delle facoltà attribuite al soggetto attivo implica l'esercizio di un potere su un bene del mondo esterno, che viene così a costituire l'oggetto del diritto. In questa categoria di diritti può apparire a prima vista che manchi una vera bilateralità del rapporto giuridico, perchè il concentramento delle facoltà costituenti il diritto sopra una cosa del mondo esterno, fa come scomparire l'altro elemento del rapporto che è l'obbligato. In realtà poichè non è concepibile un rapporto giuridico fra una persona e una cosa, bisogna ammettere anche in queste categorie di rapporto l'esistenza di uno anzi di più soggetti passivi o obbligati; il rapporto infatti qui corre fra l'avente diritto e tutta la collettività, e soggetti passivi ne figurano tutti i consociati.

In conclusione tre sono gli elementi di ogni rapporto giuridico, e quindi anche dei rapporti giuridici commerciali. Due sono necessari ed esistono in tutti i rapporti e sono i soggetti fra cui il rapporto corre, e il diritto col corrispondente obbligo, che forma il contenuto del rapporto. Un elemento è soltanto eventuale e ricorre in una categoria di rapporti, va

le a dire nei rapporti reali, che si dicono così appunto, perchè si riflettono sul godimento di un bene del mondo esterno.

Abbiamo detto che il rapporto giuridico non è che il rapporto sociale in quanto è regolato dal diritto; è chiaro dunque che la trasformazione di un rapporto sociale in rapporto giuridico è opera esclusivamente del diritto; e che perciò il diritto, ossia la norma giuridica, non si limita a riconoscere i rapporti giuridici, ma li crea. Non vi è quindi rapporto giuridico; senza una norma di diritto da cui derivi.

Tuttavia, poichè la norma giuridica, non crea dal nulla i rapporti giuridici, ma trasforma i rapporti sociali in rapporti giuridici, essa opera sempre sulla base di una situazione di fatto già esistente. Ecco perchè la legge crea i rapporti giuridici, ricollegando con un certo stato di fatto la nascita del rapporto, quindi può dirsi che il procedimento proprio del diritto è quello di ricollegare effetti giuridici a un determinato fatto o determinato stato di fatto. Non soltanto invero la nascita di un rapporto giuridico, ma anche ogni sua modificazione e la sua estinzione, avvengono in quanto la legge ricollega a un determinato fatto questo effetto giuridico. Si può dire in generale che il diritto obiettivo, non operi mai direttamente ma sempre indirettamente, ricollegando

cioè effetti giuridici con un determinato fatto. In tale maniera il fatto ci appare come la causa immediata e la norma giuridica come la causa mediata dell'effetto giuridico. I fatti da cui dipende la nascita, la modificazione, e la estinzione dei rapporti giuridici, si chiamano fatti giuridici.

Dal punto di vista del diritto commerciale due problemi ci si presentano che dobbiamo ora risolvere.

Il primo problema riguarda le varie specie di rapporti giuridici commerciali che sono possibili.

In materia civile noi sappiamo che, secondo la classificazione più in voga, esistono quattro categorie di rapporti giuridici, il che equivale a dire quattro categorie di diritti. Vi sono i rapporti giuridici della personalità o diritti della personalità, fra cui rientrano anche i diritti di famiglia. Vi sono poi i rapporti reali cioè i diritti reali. Vi sono poi ancora i rapporti di credito cioè i diritti di obb.ne Infine vi sono i rapporti successori, che danno luogo i diritti di successione. Invece in diritto commerciale non si parla che di una sola categoria di rapporti giuridici, cioè dei rapporti obbligatori. Sembrerebbe che in diritto commerciale non ci fossero altri diritti che diritti di obbligazione.

Eppure se noi ricordiamo quello che è stato detto a proposito della materia di commercio,

dobbiamo riconoscere che anche altre categorie di rapporti giuridici sono possibili in materia commerciale e talune anche molto importanti. Sappiamo, per es:, che una categoria molto importante di rapporti sociali regolati dal diritto commerciale è data dalla condizione o stato di commerciante. E sappiamo altresì che se relativamente scarsi sono i rapporti inerenti allo stato del commerciante individuo, che il diritto commerciale regola, molto importanti sono i rapporti corporativi delle persone collettive commercianti, ossia delle società commerciali, che il diritto commerciale regola. È chiaro dunque che oltre ai rapporti obbligatori vi sono dei rapporti regolati dal diritto commerciale che riguardano lo stato delle persone, individui e collettività, esercenti professionalmente il commercio. Infine noi sappiamo che ci sono anche certi stati di fatto permanenti che consistono nel godimento di una cosa che il diritto commerciale disciplina. Si tratta di casi in cui il godimento di una cosa assume carattere commerciale, sia per la natura stessa della cosa su cui cade, che è una cosa destinata al commercio, sia per lo scopo a cui il godimento è destinato, da colui che lo effettua. In questi casi il godimento della cosa diventa commerciale per una ragione di accessorietà o di connessione, e i rapporti che ne derivano sono regolati dal diritto commerciale. Orbene in tutti questi

casi noi abbiamo dei veri diritti reali commerciali, ossia dei diritti creati dalla legge commerciale e da essa regolati. Così devono disciplinarsi alla stregua delle leggi commerciali tutti i diritti reali sulle cose destinate normalmente al commercio, come l'azienda commerciale, come la nave, come i titoli di credito, nominativi, all'ordine e al portatore. Così devono regolarsi alla stregua del diritto commerciale i diritti reali sulle cose destinate dal proprietario all'esercizio del commercio: la proprietà e il possesso degli immobili destinati all'esercizio del commercio, dei mobili oggetto di speculazione commerciale. Dobbiamo così riconoscere l'esistenza di una proprietà commerciale, di un possesso commerciale, di diritti reali di garanzia commerciali, in modo particolare tutti disciplinati dalle leggi commerciali. E in conseguenza riconosceremo l'esistenza di una usucapione o prescrizione acquisitiva commerciale, accanto all'usucapione civile e via dicendo.

In conseguenza, oltre alla consueta categoria delle obbligazioni commerciali, noi riconosciamo l'esistenza di altre categorie di rapporti commerciali e precisamente di due altre categorie, ossia di rapporti della personalità o diritti della personalità e dei rapporti reali o dei diritti reali in materia commerciale. È naturale che non si possa parlare dei rapporti successori commerciali, perchè la successione a causa di morte

è un istituto essenzialmente civile.

Il secondo problema che ci interessa riguarda la determinazione dei fatti giuridici come fatti commerciali. Quando si avrà un fatto giuridico commerciale? Possiamo dire in generale che è un fatto giuridico commerciale qualunque fatto che dà luogo alla nascita, modificazione, o estinzione di un rapporto giuridico commerciale. Con ciò, è naturale, non si è risolto ancora il problema perchè rimane a dire quali sono i fatti che danno luogo alla nascita, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico commerciale. Orbene tutti questi fatti sono quelli che costituiscono un atto di commercio o uno stato di fatto commerciale. Si deve osservare a questo punto che gli atti di commercio sono attività talora semplici, talora complesse e che perciò un atto di commercio non corrisponde sempre ad un unico fatto giuridico commerciale, ma benespesso, e starei per dire normalmente, esso dà luogo a una serie di fatti giuridici, che si debbono classificare come commerciali. Così ad es: il primo degli atti di commercio fondamentali, l'intermediazione dello scambio delle cose mobili ed immobili, dà luogo ad una serie di attività che sono altrettanti fatti giuridici commerciali distinti: l'acquisto delle merci è un fatto giuridico a sè; la loro conservazione nell'intervallo fra l'acquisto e la rivendita è un altro fatto giuridico a sè, anzi può dare luogo a vari fatti giuridici; la riven-

dita è un terzo fatto giuridicamente autonomo. Si vede così, riducendo anche il fenomeno alla sua figura più schematica, come ogni atto di commercio dia luogo a una quantità di fatti giuridici, giuridicamente distinti e la cui connessione ha un carattere puramente economico.

Quel che si dice per gli atti di commercio vale anche per gli stati di fatto di natura commerciale, che si risolvono spesso in una serie di fatti giuridici staccati. Così ad esempio: la vita interna di una società commerciale, ci si presenta come una serie di fatti giuridicamente distinti, come la convocazione dell'assemblea, la sua riunione e le sue deliberazioni, la preparazione e la approvazione del bilancio, la nomina e la revoca degli amministratori ecc., tutti gli atti giuridici diversi, in cui si manifesta quell'unico fatto sociale, che è la vita della società.

Dal punto di vista pratico questa osservazione è importante perchè nello studiare i fatti giuridici commerciali, non bisogna dimenticare che economicamente e socialmente si tratta di parti staccate di un solo fatto, il cui legame se pure non è legame giuridico, non è senza influenza sugli effetti giuridici del fatto. Così ad esempio, mal si studierebbe la compera commerciale, considerandola isolatamente dalla complessa serie di atti che costituiscono l'intermediazione nello scambio e di cui la compera

non è che un elemento. Così ad es:, mal si studiereb be il deposito bancario o lo sconto, separandoli dall'insieme degli atti in cui si realizza la funzione intermediaria della banca. Così ancora riuscirebbe erroneo lo studio del contratto di assicurazione separandolo da quell'insieme di atti con cui l'istituto assicuratore adempie alla sua funzione di intermediario del rischio.

Parleremo ora anzitutto dei vari elementi dei rapporti commerciali e specialmente dei soggetti e degli oggetti, quindi diremo dei fatti giuridici commerciali.

Nel trattare degli elementi ci limiteremo ad una semplice enumerazione dei vari soggetti e oggetti dei rapporti commerciali, per non invadere il campo della parte speciale in cui si parlerà dei diritti della personalità spettanti ai soggetti e dei diritti reali che possono cadere sugli oggetti.

Cap II

Elementi dei rapporti di diritto commerciale

Sezione I. I soggetti

§15. I non commercianti.

Da quanto abbiamo detto finora, risulta evidente che non solo i commercianti, ma anche i non commercianti, possono essere soggetti di diritto commerciale. Abbiamo veduto infatti che possono dare luogo a rapporti regolati dal diritto commerciale anche atti di commercio isolati, compiuti cioè occasionalmente da chi non esercita il commercio come professione. Abbiamo veduto poi che danno luogo a rapporti che sono regolati dal diritto commerciale, anche i rapporti misti, cioè che derivano da una operazione commerciale solo per una parte. In conclusione un non commerciante può trovarsi a essere sog-

getto di un rapporto di diritto commerciale, sia perchè ha fatto occasionalmente un atto di commercio, sia perchè si trova a partecipare a un rapporto che deriva da un atto di commercio o da uno stato commerciale, se pure egli è estraneo a questo atto o a questo stato. Può darsi così che vengano ad essere soggetti di rapporti di diritto commerciale, tanto persone fisiche non commercianti, come persone giuridiche non commercianti.

Esaminiamo separatamente i due casi:

a) Persone fisiche.

La regola è molto semplice. La persona fisica che si trova ad essere soggetto di un rapporto di diritto commerciale, qualunque sia la ragione, per cui ciò avviene, è soggetta al diritto commerciale per tutto ciò che concerne la disciplina giuridica di quel rapporto. Il rapporto essendo di diritto commerciale, non può essere regolato che dal diritto commerciale. Per i rapporti derivanti da atti isolati di commercio fatti dal non commerciante, non vi era bisogno di una disposizione apposita: l'applicazione della legge commerciale risulta evidente dal fatto stesso che il rapporto deriva da un atto di commercio (art. 1 cod. di commercio). Per i rapporti invece derivanti da atti di commercio o da stati commerciali, a cui il non commerciante è estraneo, l'appli-

cazione del diritto commerciale risulta oltre che dalla logica giuridica, la quale richiede che un rapporto giuridico debba essere regolato da una unica legge, anche dall'art. 54 del codice di commercio per cui in tal caso la legge applicabile è la legge commerciale. L'unica questione che può nascere, riguarda il modo con cui debba regolarsi la capacità del non commerciante a fare un atto di commercio isolato. Come dovrà regolarsi questa capacità? Nel codice di commercio non abbiamo alcuna norma generale in proposito. L'art. 54, che regola i rapporti misti, dice semplicemente che le norme riguardanti le persone dei commercianti e anche quindi la capacità a diventare commerciante non si applicano alle persone che partecipano a un rapporto misto. Ma questa è una norma che non ci può dare alcun lume per la questione che ci occupa, perchè come abbiamo veduto, essa si limita a stabilire che i rapporti inerenti allo stato di una delle persone che parteciparono a un atto, non possono modificare lo stato dell'altra parte, e che pertanto le norme riguardanti lo stato del commerciante non possono applicarsi che al commerciante, e non al non commerciante che fa un atto di commercio. L'importanza dell'art. 54 è adunque tutta negativa, essa significa solo che le norme sulla capacità a divenire commerciante non si applicano alla capacità a fare un atto di commercio isolato

o a partecipare a un atto di commercio. Da questo silenzio della legge commerciale, silenzio voluto, come risulta dall'art. 54, si desume la regola, che la capacità a fare atti di commercio isolati del non commerciante si regola secondo il diritto civile. Questo principio del resto è ben logico, perchè la capacità fa parte dello stato delle persone, e lo stato del non commerciante è regolato dal diritto civile.

In due soli casi il codice di commercio regola la capacità del non commerciante a fare atti isolati di commercio.

1° Un caso è quello dell'art. 10 e riguarda la capacità dei minori emancipati a fare atti di commercio. La legge è molto rigorosa e richiede per il compimento di un atto isolato di commercio da parte dei minori emancipati, l'adempimento delle stesse formalità richieste per l'esercizio professionale del commercio. In sostanza il minore emancipato ha bisogno delle stesse formalità abilitative per fare un atto di commercio, e per diventare commerciante. Mentre adunque, applicando le regole del diritto civile, sulla capacità del minore emancipato, questi potrebbe fare da solo, gli atti di commercio che non eccedono la semplice amm.ne (cod. civile art. 317), coll'assistenza del curatore e l'autorizzazione del consiglio di famiglia e di tutela, gli atti eccedenti la semplice amm.ne (art. 319

cod. civile); per l'art. 10 del cod. di commercio, è necessaria per tutti gli atti di commercio, eccedano o non eccedano la semplice ammin.ne, l'autorizzazione data dal genitore, quella con atto davanti al pretore, o del consiglio di famiglia o di tutela con deliberazione omologata dal tribunale; di più la pubblicazione di questi atti con le formalità indicate dall'art. 9. Questo rigore è evidentemente aberrante, ed eccessiva è la purificazione degli atti di commercio isolati con l'esercizio professionale del commercio, senza distinzione fra atto e atto e fra caso e caso.

L'art. 10 si riferisce testualmente ai minori emancipati. Quanto ai minori non emancipati è da ritenersi che la loro capacità a fare atti isolati di commercio si debba regolare secondo il diritto civile. Occorrerà dunque che l'atto sia compiuto dal legale rappresentante del minore, genitore esercente la patria potestà o tutore, colle eventuali forme abilitative richieste dal codice civile. L'opinione del Manara,[1] secondo la quale anche il minore non emancipato e per esso il suo legale rappresentante non potrebbe fare un atto di commercio isolato, se non nei casi in cui è ammesso, per esso, l'esercizio professionale del commercio, e con le

---

(1) Manara. Delle società e delle assicurazioni commerciali n. 13 e 14.

forme abilitative richieste per ciò, non ha alcun fondamento nella legge, perchè la capacità a fare atti isolati di commercio è regolata per intero dal diritto civile, salvo le eccezioni espressamente contenute nel codice di commercio e queste eccezioni non si possono estendere oltre i casi espressamente contemplati.

II°) L'altro caso in cui il dir. comm.le regola la capacità del commerciante a fare atti singoli di commercio è quello dell'art. 14 per cui è vietato alla donna maritata non commerciante di contrarre società a responsabilità illimitata senza l'autorizzazione del marito o del tribunale; si tratta in sostanza di un altro atto aggiunto a quelli che l'art. 134 del codice civile vieta alla donna maritata di compiere senza l'autorizzazione del marito. (Questa seconda eccezione è stata abolita dalla legge 17 luglio 1919 - n. 1176). Ma all'infuori di queste due eccezioni, la regola generale è che si deve fare capo al diritto civile per stabilire la capacità a fare atti di commercio isolati.

A questo proposito possono sorgere difficoltà che derivano principalmente da due ragioni.

La prima difficoltà deriva da ciò che il diritto civile, nel disciplinare la capacità a compiere atti giuridici da parte delle persone assolutamente e relativamente incapaci, distingue di so

lito gli atti eccedenti la semplice amministrazione. Così per es: il genitore esercente la patria potestà ha la rappresentanza del figlio e ne amministra i beni, ma non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione se non per causa di necessità evidente e mediante l'autorizzazione del tribunale (art. 224 cod. civile). Così l'inabilitato non può fare atti eccedenti la semplice amministrazione senza l'assistenza del curatore (art. 339 cod. civile) Quindi sorge spontanea la questione se gli atti di commercio si debbano ritenere tutti come eccedenti la semplice amministrazione. La risposta negativa non ci sembra dubbia. Si ha un atto che eccede la semplice amministrazione o un atto di disposizione del patrimonio, quando in qualunque modo e sotto qualunque forma si dispone di un elemento patrimoniale che costituisce quella parte stabile o permanente del patrimonio destinata all'uso alla riproduzione. Si ha invece atto di amministrazione quando senza intaccare il fondo patrimoniale, si mira a conservarlo o a riscuotere i frutti [1]. Ciò importa che bisogna volta per volta indagare se l'atto di commercio di cui si tratta ha la semplice funzione econo

---

(1) Vedi Ferrara nel Filangeri 1903 pag. 417 e seguenti; Bonfante Rivista di Dir. comm. 1905, II, 589; Giovene Rivista di Diritto Comm. 1912, II, 114; Coviello, Manuale di Dir. civile pag. 306.

unica di conservare il capitale o utilizzare le rendite, ovvero l'altra funzione più importante di toccare il valore capitale del patrimonio. E in linea generale si può dire questo: che gli atti di commercio fondamentali sono tutti in generale atti eccedenti la semplice amministrazione, perchè essi sono manifestazione di una attività intermediaria da cui è inseparabile l'elemento del rischio. Chi si fa intermediario di uno scambio assume su di sè il rischio che lo scambio si compia alle condizioni da lui previste. Se lo scambio non si perfeziona o se si perfeziona a condizioni tali da procurare una perdita all'intermediario, ne deriva a questi un danno, che costituisce una vera diminuzione di patrimonio. Ecco perchè ogni atto di commercio fondamentale eccede la semplice amministrazione. Quanto agli atti commerciali per connessione, certo può darsi il caso che essi non eccedano la semplice amministrazione è ciò avviene precisamente per quelli atti, la cui connessione con una speculazione commerciale è presunta, e nel caso in cui si possa dimostrare che la connessione non esiste e che lo scopo dell'atto è soltanto quello di conservare il patrimonio, o godere le rendite. Infatti la presunzione di connessione vale bensì agli effetti di sottoporre l'atto alla disciplina del codice commerciale, ma non può essere tratta a conseguenze all'infuori del campo in cui operano le norme delimitative del codice; e perciò la presunzione non ha più luogo quando si tratta di decide

re della capacitá della parte a porli in essere. Cosí per es: é un atto di commercio per connessione il deposito nei magazzini generali; ma se si prova che nel singolo caso la connessione non esiste e che il deposito non fu fatto allo scopo di speculare sulle merci, ma unicamente per conservarle, il deposito nei magazzini non sará un atto eccedente la semplice amministrazione. In sostanza occorre istituire caso per caso una ricerca, per determinare, quale é il vero scopo economico dell'atto; e si dirá che esso é un atto di disposizione solo quando si riscontreranno effettivamente in esso i caratteri economici che abbiamo piú sopra determinati.

L'altra difficoltá in cui ci si imbatte nel determinare la capacitá a fare atti singoli di commercio, riguarda certi atti, come per es: la cambiale, che hanno un carattere formale e che possono servire a coprire operazioni della piú svariata natura. E quello che si dice per la cambiale, vale in genere per tutti i negozi astratti cioé per negozi isolati dalla causa, come sono tutti i negozi, che si compiono colla emissione di un titolo di credito. La questione a nostro avviso si risolve, ricercando caso per caso, qual'é il rapporto fondamentale in base a cui il negozio fu conchiuso, per es: in base a cui la cambiale fu emessa o girata; e alla stregua di questo rapporto deve giudicarsi della capacitá di un non commerciante a emettere una cambiale o in genere

un titolo di credito.

b) Persone giuridiche. Anche le persone giuridiche possono essere soggetti di diritto commerciale, sia in quanto compiono atti isolati di commercio, sia in quanto partecipano ad un rapporto misto, ossia derivante da un atto che é commerciale per l'altra parte. É naturale che in ambedue i casi le persone giuridiche siano soggette al diritto commerciale. Al pari che per le persone fisiche, questa conseguenza deriva, per i rapporti derivanti da atti di commercio compiuti da esse persone giuriche, dalle disposizioni degli art. 1-3 e seguenti del codice di commercio, per i rapporti misti dalla disposizione dell'art. 54. Tuttavia una difficoltá si presentava per le persone giuridiche pubbliche, che, escluse le societá commerciali di cui non é qui il caso di parlare, rappresentano la grandissima maggioranza delle persone giuridiche, le quali hanno occasione di essere soggetti di rapporti giuridici commerciali, senza essere per questo commercianti. Infatti si sarebbe potuto giudicare che le persone giuridiche pubbliche dovessero considerarsi completamente all'infuori della sfera di applicazione del diritto commerciale, per la antitesi esistente fra l'interesse pubblico di cui quegli enti procurano la realizzazione e l'idea della speculazione e del lucro che é inerente al concetto del commercio. Ma giustamente l'art. 7 del codice di commercio ha risoluto la questione, dichiarando che lo Stato, le Provincie ed i Co-

muni non possono acquistare la qualità di commerciante, ma possono fare atti di commercio e per questi rimangono soggetti alle leggi e agli usi commerciali. La impossibilità di diventare commercianti deriva a questi enti appunto dal loro carattere pubblico, perchè è incompatibile con l'esercio di una funzione pubblica, cioè di interesse generale, l'esercizio di una professione, che di sua natura implica uno scopo di lucro o di utilità privata. Ma diversamente deve dirsi per il compimento di un atto di commercio isolato, quando anche si tratti di un atto di commercio fondamentale. Abbiamo veduto infatti che non è essenziale alla funzione intermediaria degli scambi l'idea della speculazione o del lucro, giacchè può quella funzione essere esercitata anche per uno scopo di beneficenza o di liberalità e sopratutto per uno scopo di utilità generale. E con lo sviluppo sempre crescente preso dall'esercizio diretto di attività commerciale o industriali da parte dello stato e di altri enti pubblici minori, specie dai Municipi (municipalizzazioni), non si può negare alle persone giuridiche di diritto pubblico la facoltà di farsi intermediarie degli scambi, appunto per meglio adempiere i loro scopi di utilità generale. Il principio dell'art. 7 è scritto esplicitamente solo per lo Stato, le Provincie, i Comuni, ma esso vale in genere per tutte le persone giuridiche

pubbliche; si tratta di un principio generale e quindi applicabile a tutti i casi analoghi a quelli espressamente contemplati. Quindi anche le istituzioni pubbliche di beneficenza, anche i Monti di Pietá, anche le Camere di commercio, anche le Casse di Risparmio, sebbene non possano diventare commercianti, possono fare atti di commercio isolati, ed essere soggetti perciò al diritto commerciale.

È naturale che la capacitá di questi enti a fare atti singoli di commercio, si regoli secondo le disposizioni del diritto amministrativo. Ricorreremo perciò al Diritto amministrativo per sapere quali organi sono competenti a compiere i vari atti di commercio, e quali sono le forme a ciò necessarie.

§ 16 I commercianti.

Sebbene, come abbiamo veduto, anche i non commercianti possano essere soggetti di rapporti giuridici commerciali, pure la categoria di gran lunga più importante delle persone di diritto commerciale è costituita dai commercianti.

Commerciante è quel qualunque soggetto di diritti, persona fisica o giuridica che esercita il commercio professionalmente, vale a dire che esercita una attivitá intermediaria degli scambi in modo permanente e allo scopo di trarne guadagno.

Il concetto della professione commerciale implica adunque tre elementi:

I°) l'esercizio di una attività intermediaria e quindi il compimento di uno o più di quegli atti che noi abbiamo chiamato atti di commercio fondamentali. Il compimento di atti commerciali per connessione sarebbe affatto insufficiente, perchè questi atti sono commerciali solo in quanto si ricollegano ad una attività commerciale; solo dunque questa attività primaria o fondamentale può essere presa in considerazione, quando si vuole attribuire a un determinato soggetto la qualità di professionista del commercio. Questo spiega come il fare anche abitualmente atti di commercio per connessione, per es: emettere abitualmente cambiali, non sia sufficiente per diventare commerciante.

II°) l'esercizio permanente o stabile di questa attività; è questo un elemento necessario in ogni esercizio professionale. Ma ciò non implica la necessità di una serie ripetuta di speculazioni commerciali; vi sono delle attività commerciali per il cui compimento occorre un lungo periodo di tempo e che perciò racchiudono in sè l'elemento della stabilità; per es: una impresa teatrale. D'altro canto non è neppure necessario che l'esercizio della funzione intermediaria assorba tutta l'attività della persona; essa può anche costituire una attività meramente necessaria (per es: si può essere agricoltore e commerciante); basta che sia un'occupazione stabile.

III° Lo scopo di trarre un guadagno o lucro.

Questo elemento non è necessario nella funzione intermediaria in sé considerata, ma è necessario perché questa funzione assuma il carattere professionale; quindi si può fare un atto di commercio senza scopo di lucro, ma non si può diventare commerciante senza lo scopo di ritrarre un guadagno dalla propria attività commerciale. A questi tre requisiti o elementi costitutivi della qualità di commerciante se ne vogliono aggiungere altri. Si dice anzitutto che per acquistare la qualità di commerciante occorre esercitare il commercio in nome proprio. Effettivamente chi esercita il commercio in nome altrui non diventa commerciante, ma questo, non è tanto un elemento specifico della professione commerciale, quanto un effetto generale della rappresentanza. Chi agisce in nome altrui è infatti un rappresentante ed è principio generale, inerente al concetto stesso della rappresentanza, che tutto quanto è posto in essere dal rappresentante produca effetti giuridici nella persona del rappresentato. Quel che si dice dunque della professione commerciale, che essa deve essere esercitata in nome proprio, vale in genere per qualunque attività giuridica. Si tratta dunque di un principio generale comune a tutti gli atti compiuti dai rappresentanti e non di un elemento costitutivo specifico della professione commerciale.

L'altro requisito, di cui si parla, è l'assunzione di responsabilità illimitata. Si dice che è com

merciante solo colui che, esercitando il commercio, assume una responsabilità illimitata. Ora anche qui siamo di fronte ad un principio che non è punto specifico della materia. Per gli art. 1948-1949 cod. civile, chiunque si obbliga, obbliga tutto il suo patrimonio, assume cioè la responsabilità illimitata. D'altro canto le singole eccezioni, che la legge stessa stabilisce al principio della responsabilità illimitata non impediscono affatto l'acquisto delle qualità di commerciante; anzi l'esempio più insigne, forse, di responsabilità personale limitata, che ci offra il nostro ordinamento giuridico, concerne appunto una categoria di commercianti, vale a dire gli armatori (art. 491 cod. di comm.). Ciò significa che la limitazione della responsabilità non impedisce l'acquisto delle qualità di commerciante. Anzi si potrebbe forse andare più in là, specie quando si ricordi che il principio della responsabilità limitata è nato e si è diffuso principalmente per opera del diritto commerciale, e si potrebbe dire, forse, che i soggetti di diritto, rispetto a cui il principio della responsabilità limitata trova più larga applicazione, sono proprio i commercianti.

Nel nostro diritto positivo non occorre, per acquistare la qualità di commerciante, alcun requisito formale, e nessuna formalità è sufficiente per conferire la qualità di commerciante. In altri termini l'esercizio del commercio e solo l'eser-

cizio del commercio attribuisce la qualità di commerciante. In altre legislazioni invece, come per es: la legislazione Germanica, si può diventare commercianti anche per effetto della iscrizione nel registro di commercio. Secondo il codice di commercio Germanico, si può diventare commercianti in due modi: o perchè si esercita una industria dichiarata commerciale dalla legge, o perchè si è iscritti nel registro di commercio. (§§ 1-2). Vi sono dunque in Germania due specie d'industrie commerciali: le industrie commerciali naturali e le industrie commerciali per registrazione e, corrispondentemente, due categorie di commercianti. Niente di tutto ciò invece secondo il nostro codice che non ammette che una sola categoria di commercianti, quelli che esercitano una industria di per sè commerciale. È vero che la recente legge 20 Marzo 1910, sulle Camere di commercio, impone (art. 53) a chiunque eserciti commercio o industria di farne denuncia alla Camera di commercio per essere iscritto nel registro delle ditte e fa obbligo alle Camere di commercio di provvedere d'ufficio alla iscrizione di coloro che non hanno presentato la denuncia (art. 60-61). Ma questa iscrizione nel registro delle ditte non ha nessuna influenza giuridica rispetto alla determinazione della qualità di commerciante. Chi è iscritto nel registro non è per questo commerciante, nè chi non si è iscritto è perciò solo non commerciante.

Al contrario, può benissimo essere dichiarato commerciante chi non è iscritto nel registro e non commerciante chi vi è iscritto. Anzi l'iscrizione nel registro non importa nessuna presunzione giuridica di commercialità, perchè non si diventa commercianti presso di noi che in un sol modo, esercitando il commercio. Tutto il valore della iscrizione delle ditte si limita a ciò che esso può costituire una presunzione di mero fatto (presumptio - hominis) o un indizio che colui che è iscritto esercita il commercio. Ma questo indizio è di per sè solo insufficiente, quando non sia rafforzato da altri elementi di prova, giacchè per l'art. 1334 del cod. civile le presunzioni hominis non hanno valore di prova se non quando siano molteplici, gravi, precise e concordanti.

Vi sono persone fisiche commercianti e persone giuridiche commercianti.

A) Persone fisiche. - Nel nostro diritto positivo chiunque può essere commerciante; sono infatti spariti nel diritto moderno gli antichi divieti e le antiche limitazioni all'esercizio del commercio. Le incompabilità che ancora sussistono, specialmente rispetto ai funzionari dello Stato [1] ai Notai e ai Procu

---

(1) Il commercio è vietato ai Consoli (legge 28 Maggio 1866 art. 4); agli impiegati civili (legge 22 Nov. 1908 art. 7); ai funzionari dell'ordine giudiziario ed agli uscieri (legge sull'ordinamento giudiziario 6 Dic. 1865 art. 14);

curatori legali, non hanno oramai che un effetto limitato; esse non rendono impossibile l'acquisto della qualità di commerciante, ma producono soltanto l'effetto di sottoporre, chi ha violato il divieto, a sanzioni disciplinari.

Perchè una persona fisica possa diventare commerciante occorre l'esercizio effettivo della professione commerciale. Non basta chiamarsi commerciante, dichiararsi commerciante nella intestazione della corrispondenza, in circolari, in atti pubblici o privati; non basta farsi iscrivere nel registro delle ditte. Non è l'intenzione che fa acquistare la qualità commerciale, è il fatto. E ciò per una ragione assai semplice. Lo stato di commerciante è una condizione di vita che il diritto trasforma in uno stato giuridico. Ora l'uomo non può acquistare uno stato o condizione sociale con una semplice dichiarazione di volontà; nel mondo moderno in cui l'attività dell'individuo è perfettamente libera e può svolgersi a suo piacimento nei campi più disparati, solo il fatto dell'esercizio di una determinata professione costituisce un elemento decisivo per porre una persona in un determinato stato o condizione sociale. L'intenzione può mutare, solo il fatto costituisce un dato positivo irrevocabile.

B) Persone giuridiche-

---

agli avvocati erariali (legge 14 luglio 1907 art. 9 ecc.).

Per le persone giuridiche vale un principio assai diverso da quello che abbiamo or ora affermato rispetto alle persone fisiche. Per le persone giuridiche non occorre l'effettivo esercizio della professione commerciale; basta che esse siano costituite con lo scopo di esercitare il commercio professionalmente, cioè in modo stabile e con lo scopo di trarne un lucro. Mentre quindi per le persone fisiche l'intenzione non basta, per le persone giuridiche basta lo scopo. La ragione della differenza è evidente. Mentre l'uomo ha nella vita molteplici scopi, che può realizzare in molti modi e in tutte le possibili forme di attività, la persona giuridica nasce per uno scopo determinato e la sua attività è segnata e limitata da questo scopo. Lo scopo, in altri termini, è la legge fondamentale e immutabile della vita della persona giuridica. Si comprende quindi come una persona giuridica sia commerciante per il solo fatto che si è costituita allo scopo di esercitare il commercio. E questo principio è riconosciuto esplicitamente dalla legge; infatti l'art. 8 del codice di commercio dichiara commercianti le società commerciali e l'art. 76 dello stesso codice stabilisce che una società è commerciale quando si costituisce allo scopo di esercitare uno o più atti di commercio.

Il principio che abbiamo più sopra stabili

to, secondo cui nel nostro diritto positivo, la qualità di commerciante non si acquista se non con l'esercizio del commercio e non per il fatto dell'adempimento di formalità estrinseche, riceve rispetto alle persone giuridiche una parziale limitazione dall'art. 229 del codice di comm. Per questo articolo una società che non abbia per iscopo l'esercizio del commercio, quindi una società civile, qualora si costituisca nelle forme della società per azioni, viene sottoposta alle disposizioni del cod. di comm., salvo le disposizioni riguardanti il fallimento. In questo caso dunque la sola forma assunta dalla società basta a sottoporla quasi integralmente al regime delle società commerciali; cio equivale a dire che, salvo l'eccezione del fallimento, per tutto il resto una società civile a forma di società per azioni è considerata come un commerciante.

Abbiamo parlato fin'ora di persone giuridiche commercianti in generale. Affrettiamoci ad aggiungere che il nostro diritto positivo non conosce che una sola categoria di persone giuridiche commercianti: le società commerciali; questo non significa che non vi siano altre persone giuridiche che esercitano il commercio, ve ne sono invece molte altre, ma si tratta di persone giuridiche che pure esercitando il commercio non acquistano mai la qualità di commercianti, cioè di professionisti del comm.cio Non sono perciò enti comm.li il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia; il Monte dei Paschi di Siena; non

sono enti comm.[li] le Casse di risparmio; i Monti di Pietà; le società di Mutuo Soccorso, non è ente commerciale l'Istituto nazionale delle Assicurazioni benchè abbia una personalità giuridica propria distinta dallo Stato. Tutti questi esercitano abitualmente il commercio, fanno cioè una serie di operazioni commerciali. - Il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia, il Monte dei Paschi di Siena sono vere e proprie banche che ricevono credito e lo distribuiscono. Anche le casse di Risparmio sono vere e proprie banche, perchè ricevono dai depositanti e impiegano il danaro ricevuto dandolo alla loro volta a credito. Anche i Monti di Pietà, in quanto almeno ricevono depositi, come spesso accade, fanno una serie di operazioni bancarie. E le società di mutuo soccorso, quando sono organizzate bene, sono vere imprese di assicurazione.

Pure tuttavia nessuno di questi enti è commerciante, per una ragione assai semplice, che l'esercizio del commercio è per essi mezzo e non fine; essi esercitano il commercio per un fine ultimo che non è di speculazione e di lucro, ma di utilità pubblica. Così il Banco di Napoli e il Banco di Sicilia, nonchè il Monte dei Paschi di Siena, hanno come meta ultima quella di diffondere il credito, e tutti i lucri, che dall'esercizio del Commercio ritraggono, impiegano o in aumento del proprio capitale che è quanto dire per accrescere efficacia al

la loro azione, o in altre opere di utilità generale.- Le Casse di risparmio, intorno a cui tanto si è discusso, esercitano pure il commercio bancario, soltanto come mezzo, giacchè il loro fine è la diffusione del risparmio e del credito ed esse impiegano i loro lucri in opere di utilità generale, come ce ne porge esempio insigne la Cassa di risparmio delle provincie lombarde, la quale dalla sua costituzione ha dato centinaia di milioni in opere di pubblica utilità. Anche le casse di risparmio pertanto non si possono considerare enti commerciali per questa semplice ragione, che non sono enti privati ma enti pubblici. E lo stesso è a dirsi dei Monti di Pietà che, anche quando ricevono depositi, mirano sempre allo scopo di elargire il credito ai più bisognosi. Ed egualmente le società di mutuo soccorso hanno più lo scopo di previdenza sociale che quello di assicurare ai soci vantaggi economici, e in ciò appunto si distinguono dalle Società di Assicurazione. Si tratta dunque sempre di enti che non hanno soci o almeno (come avviene per le società di mutuo soccorso) che non si propongono il vantaggio dei soci in modo diretto, ma uno scopo di previdenza sociale, e che quindi non devolvono i loro utili a vantaggio di privati. Ciò importa che manca in tali enti ogni qualità professionale, perchè professione è sempre attività diretta allo scopo di lucro privato o di speculazione, e gli enti pubblici che si propon-

gono scopi di utilità pubblica non possono esercitare nessuna professione e meno che mai quella del commerciante.

Le conseguenze che si desumono da questo principio sono molto importanti. Tutti questi enti sono bensì in ragione dei loro atti soggetti al diritto commerciale (art. 7 cod. di comm.) ma non possono mai diventare commerciali e quindi non sono soggetti a quelle disposizioni del diritto commerciale che riguardano le persone dei commercianti e lo stato giuridico del commerciante; quindi ancora (conseguenza importantissima) questi enti quando diventano insolvibili, non possono essere dichiarati in fallimento, così come non possono essere dichiarati in fallimento gli enti pubblici enumerati dall'art. 7.

Sezione II
Gli oggetti o cose

§ 17 Distinzione delle cose
A) Cose mobili ed immobili.

Il codice di commercio del 1882, come abbiamo veduto, ha fatto rientrare anche le cose immobili nel campo del diritto commerciale, riconoscendo così una evoluzione, oramai compiutasi, nel campo economico. Oramai dunque non solo le cose mobili, ma anche le cose immobili, anche i fondi urbani e rustici possono formare oggetto di rapporti di diritto commerciale. Rimane soltanto fra le cose mobili ed immobili questa differenza, che i rapporti sulle cose mobili, regolati dal diritto commerciale, sono assai più numerosi che non i rapporti sulle cose immobili. Il possesso e la proprietà delle cose mobili, in materia commerciale, si possono dire regolati prevalentemente dal diritto commerciale, mentre il possesso e la proprietà dei beni immobili, anche quando si versa in materia di commercio, rimangono sempre regolati prevalentemente dal diritto civile. Quindi anche in materia commerciale il trapasso della proprietà dei beni immobili deve essere fatto colle forme rigorose volute dal diritto civile.

Le cose immobili che possono essere oggetto

dei rapporti di diritto commerciale sono tanto gli immobili per loro natura, come i terreni, le fabbriche, gli alberi e le piantagioni, i frutti non ancora separati dal suolo, le sorgenti, i serbatoi, i corsi d'acqua in un edificio o in un fondo, i molini, i bagni e tutti gli edifici galleggianti quando siano attaccati alla riva e servano ad una fabbrica esistente sulla riva stessa (art. 408-413 cod. civile), quanto gli immobili per destinazione, cioè le cose che la legge reputa immobili a causa della loro dipendenza dall'immobile al cui uso sono destinate (art. 413-415 cod. civ.).

Le cose mobili che possono formare oggetto dei rapporti di diritto commerciale sono della più svariata natura. Possono essere così prodotti dal suolo come oggetti manifatturati. In generale una cosa mobile destinata al commercio si chiama merce o mercanzia. Una categoria speciale di cose mobili, che sono frequentemente oggetti di rapporti commerciali e che si distinguono dalle merci, è data dai titoli di credito che sono documenti rappresentativi di diritti, dei quali diremo fra breve.

Fra le cose mobili meritano una menzione speciale le navi che nel diritto commerciale hanno una grande importanza. La nave è considerata dalla legge come cosa mobile (cod. di comm. art. 480). Nave è nel senso del codice, qualunque costruzione destinata a galleggiare sulle acque del ma

re o su acque interne, che possa navigare o per forza propria o in altro modo. L'importanza che ha la nave nel diritto commerciale è considerevole, non solo perchè buona parte del commercio si svolge per le vie del mare e per le altre vie d'acqua, ma anche perchè il regime delle proprietà delle navi è regolato dal diritto commerciale con norme tutt'affatto particolari, che fanno della nave una cosa mobile sui generis per taluni rispetti assimilata agli immobili.

B) Cose semplici e complesse. Le Universitates. In particolare l'azienda commerciale.

Tutte le cose risultano necessariamente di più elementi; ma questi elementi possono nella loro unione perdere ogni individualità di modo che la cosa, che ne deriva, si debba considerare materialmente unica. In questo caso si ha una cosa semplice. Così per es: un pezzo di metallo anche se consti di più pezzi saldati insieme: un animale, una pianta, una pietra. Quando invece una cosa si compone di più elementi, che hanno una individualità propria in modo che uniti servono a soddisfare un bisogno, ma potrebbero, staccati, servire a soddisfare altri, si ha una cosa complessa. Così per es: un edificio, una nave, un gioiello.

Vi sono due specie di cose complesse. Quelle in cui elementi sono fra loro uniti materialmente, per es: un edificio, una nave, e quelle la cui unione, è puramente ideale nel senso che sono riunite

in quanto sono destinate a soddisfare un unico bisogno. Per es: un gregge, una galleria di quadri, una biblioteca ecc. Nel primo caso si parla di cose <u>composte</u>, nel secondo caso di <u>universalità di cose</u>. Nella universalità di cose, l'unione essendo determinata dallo scopo, i singoli elementi del tutto possono variare, pur restando identico il tutto. In altri termini l'universalità non cambia per il mutare dei suoi elementi, i quali perciò sono determinati non individualmente, ma per il fatto della loro appartenenza al tutto. Possono essere oggetto dei rapporti di diritto commerciale tutte le cose <u>semplici</u> o <u>complesse</u>, anzi nel diritto commerciale uno degli oggetti o cose più particolarmente importanti è appunto una universalità, vale a dire l'azienda commerciale.

L'azienda commerciale può essere oggetto dei più svariati rapporti. Essa viene in considerazione anzitutto come oggetto di diritto di proprietà da parte del commerciante, giacchè questi non è solo proprietario delle cose singole che compongono l'azienda, ma è altresì proprietario del tutto come tale, come un complesso cioè avente una individualità propria, anche ai fini del diritto. Ciò importa che la violazione del diritto del proprietario alla integrità economica dell'azienda, debba es

sere tutelato il che, come si vedrà a suo luogo, ha molta importanza per la teoria della concorrenza sleale.

Ma anche di altri diritti reali può essere oggetto l'azienda; di semplice possesso, come di diritti reali frazionari o di garanzia: usufrutto o pegno.

Infine l'azienda può essere oggetto di rapporti obbligatori: può essere venduta, donata, data in locazione; e di rapporti successori, lasciata in eredità o in legato.

Si vede dunque quanto sia importante il determinarne la natura come oggetto di diritti in generale. Di ciò solo ci occuperemo ora brevemente, rimettendo alla parte speciale il trattare singolarmente dei vari rapporti giuridici, di cui l'azienda può essere oggetto.

L'azienda commerciale è il complesso delle cose destinate dal commerciante all'esercizio del commercio.

L'azienda si compone di vari elementi e precisamente sia di cose corporali, come merci, macchine, immobili, titoli di credito, come di cose incorporali, come il nome commerciale o ditta, l'insegna, i marchi di fabbrica e tutte le varie specie di diritti, diritti di autore, di privativa industriale, diritti di credito ecc. E fin qui nulla di particolare. Un elemento specifico dell'azienda è invece l'av

viamento.

L'avviamento è veramente l'elemento specifico, che individua l'azienda. Che cosa sia l'avviamento non è facile dire. Esso è più un elemento immateriale che materiale e si fonda sopra una quantità di circostanze di cui talune si ricollegano alla composizione dell'azienda, cioè alle varie cose che costituiscono la azienda, come i diritti di privativa industriale che assicurano un determinato prodotto, la ditta che individua e rende conosciuta l'azienda, l'insegna che individua il negozio, il marchio che stabilisce la provenienza delle merci. Ma in parte anche l'avviamento si fonda sopra elementi non individuali come elementi dell'azienda, per es: sul credito che il commerciante ha saputo procurarsi mediante la sua probità e correttezza, sull'abitudine della clientela di servirsi da lui, sulla ubicazione del negozio, sulla abilità dei commessi, tutte circostanze che non si possono dire costituiscano isolatamente elementi patrimoniali.

Queste circostanze però, unite agli elementi che costituiscono l'azienda, creano un elemento patrimoniale nuovo, nel senso che essi danno affidamento che l'azienda, anche in avvenire, darà quei lucri che dà al presente. In conclusione giuridicamente l'avviamento deve definirsi come la speranza di lucri futuri inerente alla formazione

e al credito dell'azienda. Abbiamo detto che l'azienda è il complesso delle cose destinate dal commerciante all'esercizio del commercio. Da questa definizione rimane ben determinata la <u>natura giuridica</u> dell'azienda.

Si è sostenuto da qualche scrittore (1) che l'azienda commerciale gode di una specie di personalità giuridica, è un soggetto di diritti distinti dal commerciante, che ha il suo patrimonio, i suoi diritti, i suoi obblighi. Non vi è bisogno di dire che questa dottrina nel nostro diritto positivo non ha alcun fondamento. Questa pretesa persona giuridica non è in alcun modo riconosciuta dalla legge; anzi due testi di legge molto precisi, gli art. 1948 e 1949 del codice civile, sono in perfetta contraddizione con la possibilità di riconoscere all'azienda commerciale una qualunque autonomia. Infatti per questi due articoli chi ha contratto una obbligazione risponde verso il creditore con tutti i suoi beni, mobili ed immobili, presenti e futuri, e i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori. Ora poiché questa regola è generale e rispetto ai beni che costituiscono l'azienda la legge nulla dispone in contrario, si deve concludere che

---

(1) <u>Endemann</u>. <u>Das Deutsche Handelsrecht</u> pag. 54 e segg. <u>Valery</u>. <u>Maison de commerce et fonds de commerce</u> negli <u>Annales de droit commercial</u> - 1902 pag. 216 e segg. 319 e segg.

il commerciante debba rispondere con tutti i suoi beni, tanto delle obbligazioni civili, quanto delle obbligazioni commerciali, e che corrispondentemente, possono i creditori commerciali agire tanto sul patrimonio privato quanto sul patrimonio commerciale del commerciante e i creditori civili, tanto sul patrimonio civile quanto sul patrimonio commerciale. Il che significa semplicemente che l'azienda commerciale non è la sola garanzia dei creditori commerciali e neppure la loro garanzia esclusiva, e che perciò essa non gode, dal punto di vista giuridico, alcuna autonomia.

Con ciò non si esclude soltanto che l'azienda possa considerarsi come persona giuridica, ma anche che essa possa considerarsi come una universitas juris.[1] L'universalità di diritto è infatti un complesso di cose destinate a uno scopo dalla volontà della legge. Così l'eredità separata, così i beni del fallito durante l'espropriazione fallimentare, così anche la dote. In tutti questi casi non può il complesso di cose essere destinato ad uno scopo diverso, e gli elementi che lo costituiscono non posso essere distratti da questo scopo, senza una ragione di necessità o di utilità. Invece nell'azienda commerciale tutto dipende dalla volontà del proprietario,

---

(1) In questo senso specialmente Fadda e Bensa. Note alle Pandette del Windscheid I° pag. 441.

il quale può benissimo mutare destinazione quando gli piaccia tanto al complesso che ai singoli beni costituenti l'azienda. Può dunque non solo liquidare o vendere l'azienda quando gli piaccia, ma può diminuirla od accrescerla secondo che gli convenga; può destinare all'azienda cose già costituenti il suo patrimonio privato e togliere dall'azienda beni per destinarli al suo patrimonio privato o per venderli. Tutto ciò dimostra ad evidenza che l'azienda è una semplice _universitas facti_; per la cui composizione e per la cui vita è decisiva la volontà del proprietario. Quel che si dice dell'azienda commerciale in generale, vale anche per quei beni che sono destinati all'esercizio del commercio marittimo. Si suol parlare spesso di un patrimonio marittimo come qualche cosa di autonomo; specialmente i francesi sogliono distinguere la fortune de terre dalla fortune de mer. E questa distinzione troverebbe almeno in apparenza un fondamento nel principio della responsabilità limitata che il codice di commercio (art. 491 e segg.) sancisce per le obbligazioni dell'armatore derivanti dai fatti leciti ed illeciti del capitano e dell'equipaggio. Ma la responsabilità limitata ha solamente per effetto di assegnare mediante l'abbandono un bene determinato (la nave e il nolo) per il soddisfacimento di determinati creditori. Il che importa bensì che questi creditori non possano fare valere i loro diritti sul restante patrimonio dell'ar-

matore, ma non importa che gli altri creditori dell'armatore siano esclusi dal fare valere i loro diritti sulla nave abbandonata.[1]

Vi è dunque qui pure responsabilità limitata, ma non autonomia patrimoniale e neppure destinazione esclusiva di un bene ad uno scopo determinato.

Anche la nave perciò non può considerarsi nè come persona giuridica, nè come universitas juris.

C.) Cose fungibili ed infungibili.

È fungibile una cosa rispetto ad un'altra (la fungibilità è perciò sempre la qualità d'una cosa considerata in rapporto ad un'altra) quando, pur essendone considerata distinta, serve a soddisfare gli stessi bisogni in modo da potersi considerare ad essa equivalente e poter essere con quella surrogata. Così il ferro, il legno, l'oro, l'argento sono cose fungibili. Al contrario è infungibile una cosa rispetto ad un'altra quando non solo è individualmente diversa, ma serve a soddisfare bisogni diversi, in modo da essere considerata come non equivalente e non surrogabile. Così un quadro, una statua, un cavallo di razza.

---

(1) Ciò sarebbe vero quand'anche s'ammettesse la opinione, che io reputo infondata, secondo cui i creditori abbandonatari, avrebbero un privilegio sulla nave abbandonata. (Confronta Ripert. Droit maritime Paris 1913 pag. 967.)

È importante stabilire quando una cosa è fungibile, specialmente in materia di obbligazioni, perchè quando si è obbligati a dare una cosa fungibile ci si libera dando una cosa qualunque equivalente, mentre se si è obbligati a dare una cosa infungibile, si è obbligati a darla nella sua individualità.

Nel determinare la fungibilità o infungibilità di una cosa si ha riguardo in primo luogo alla natura obiettiva di essa. Ma la volontà privata può anche, purchè sia manifestata chiaramente, considerare come fungibile, una cosa che sarebbe obbiettivamente infungibile, e viceversa. Invece dipende sempre dalla volontà delle parti il considerare una cosa individualmente o genericamente, ossia aver riguardo alla cosa singola nella sua individualità o semplicemente a una certa quantità di cose di una determinata specie. Questa distinzione non coincide esattamente con l'altra, che abbiamo ora fatta tra le cose fungibili ed infungibili, perchè mentre quest'ultima, parte sempre dal criterio della natura obiettiva della cosa, quella ha sempre per base la volontà delle parti. È certo però che quando una cosa è determinata dalle parti individualmente essa debba considerarsi come infungibile e come fungibile se è determinata genericamente. O in altri termini, non tutte le cose fungibili sono determinate genericamente, nè tutte quelle infungibili individualmen-

te, ma certo tutte quelle determinate individualmente sono infungibili, e tutte quelle determinate genericamente sono fungibili. Ciò importa che la distinzione fra cose fungibili e infungibili si applichi a tutti i rapporti, anche non contrattuali, mentre la distinzione delle cose determinate individualmente o genericamente si applichi solo ai rapporti contrattuali.

Tra le cose fungibili ha una particolare importanza la moneta. La moneta è quella cosa che si assume come comune denominatore dei valori. Vi sono due specie di monete. Di regola il carattere di moneta ad una cosa determinata è attribuito dallo Stato. Ma non si può escludere che per consenso generale o particolare sia attribuita la qualità di moneta anche a cose a cui lo Stato non riconosce tale qualità. Nel primo caso si ha la moneta legale, che perciò non può essere rifiutata nei pagamenti, nel secondo caso si ha la moneta convenzionale. Le cose che sono adoperate come moneta sia per dichiarazione dello Stato (non 'a legale), sia per uso costante del commercio (moneta commerciale, che non è altro che una specie di moneta convenzionale) possono altresì, eccezionalmente, essere considerate all'infuori della loro qualità di moneta, come oggetto di scambio non monetario, vale a dire come semplici merci, così per es: si possono comperare e vendere delle lire sterli-

le, dei rubli russi e anche delle monete italiane. Per es:, dei venti lire in oro di Vittorio Emanuele II°, degli scudi della repubblica romana. In questo caso non vi è alcun dubbio che per liberarsi dalla obbligazione occorre dare le monete contrattate.

Invece può nascere il dubbio quando la moneta sia considerata nel suo ufficio di moneta, cioè di comune denominatore dei valori, come strumento degli scambi. Allora può darsi il caso che si sia voluto avere riguardo a una particolare specie di moneta; per es: promettendo cento sterline si può avere voluto promettere quella particolare moneta che è la sterlina. Ma anche un altro caso è possibile e anche frequente, che cioè non si sia voluto aver riguardo alla specie della moneta, ma al valore di quella specie di moneta; per es: si sia contrattato il pagamento di cento sterline con l'intendimento di ricevere il valore di cento sterline, cioè duemila e cinquecento lire italiane.

Le due ipotesi sono contemplate nell'art. 39 cod. di commercio. L'art. 39 stabilisce che quando una moneta, non avente corso legale o commerciale nel regno fu contrattata con la clausola effettiva od altra equivalente, si intende che le parti abbiano avuto riguardo alla specie della moneta e il pagamento dovrà avvenire nella moneta indicata. Se invece la moneta fu considerata semplicemente pel suo valore e quindi non fu apposta alcuna clausola

di questo genere, è ammesso che il debitore si liberi pagando una quantità di monete italiane corrispondenti al valore delle monete indicate, secondo il corso del cambio nel giorno della scadenza e nel luogo del pagamento. (È noto che il cambio è il prezzo che bisogna pagare in monete di un paese per avere una certa quantità di monete di un altro paese.)

D) Cose corporali e incorporali.

Sono corporali le cose che hanno una esistenza fisica, di modo che esse cadono sotto il dominio dei sensi. Sono invece incorporali le cose che non si possono concepire se non con la mente, in seguito a un processo logico di astrazione.

Fra le cose corporali si devono comprendere non solo quelle che hanno forma e consistenza definita, ma anche quelle che non sono tanto materia, quanto modi di essere della materia, come il calore, la luce e forse anche l'elettricità; interessante è solo che esse siano percepibili mediante i sensi.

Le cose mobili corporali, in quanto costituiscono oggetti di commercio, si sogliono anche chiamare merci. È questo il significato più ampio in cui viene assunta la parola merce. In senso più ristretto si sogliono chiamare merci i prodotti greggi o manufatturati non destinati alla alimentazione e si riserva per i prodotti destinati alla alimentazione, la denominazione di derrate. Sotto un altro punto di vista si chiamano merci le cose

mobili corporali, che hanno un valore in sé e si dà invece in contrapposto ad esse, il nome di titoli di credito ai documenti rappresentativi di un valore che sono pure cose mobili corporali come si vedrà fra breve.

Le cose incorporali comprendono sia quelle cose che hanno una esistenza puramente giuridica come i diritti, sia quelle cose che hanno una esistenza anche all'infuori del diritto, ma puramente intellettuale, che esistono cioè solamente come concetti, come categorie astratte. Così per es: i segni distintivi, considerati non già nelle loro manifestazioni concrete, ma astrattamente, così l'avviamento. Tutte le cose corporali e incorporali possono formare oggetto dei rapporti di dir. comm.le Caratteristiche sono nel campo del diritto commerciale alcune cose incorporali, come l'avviamento e i vari segni distintivi: la ditta, l'insegna, il marchio.

Dell'avviamento abbiamo già parlato a proposito dell'azienda; diremo ora brevemente qualche cosa dei segni distintivi.

La ditta contraddistingue la persona del commerciante. Essa nell'ambito ristretto dell'attività commerciale ha dunque la stessa funzione che ha il nome civile, nell'ambito più ampio della vita civile. Essa contraddistingue il commerciante come soggetto di diritti.

La necessità di individuare la persona è

già sentita vivamente anche nella vita civile e l'importanza di una simile individualizzazione è attestata delle numerose cautele colle quali la legge civile circonda la disciplina del nome civile. La legge provvede affinchè a ogni individuo che nasce sia assegnato un nome (art. 374 e segg. del cod. civ.), determina che il figlio legittimo o legittimato assume il cognome paterno (art. 172-174-175 cod. civile), che il figlio naturale riconosciuto assume il cognome del genitore, che lo ha riconosciuto o quello del padre se è stato riconosciuto da ambedue i genitori (art. 185 cod. civ.); il figlio adottivo assume il cognome dell'adottante e l'aggiunge al proprio (art. 210 cod. civ.); la moglie assume il cognome del marito (art. 131 cod. civ.); se si tratta di figli di genitori ignoti, l'ufficiale dello stato civile impone un nome e un cognome (art. 377-378 cod. civ.). Come dice dunque benissimo il Fadda:[1] "ciascuno fin dalla sua nascita deve avere un nome e un cognome fisso consegnato nell'atto che della nascita fa fede, e i soli mutamenti che possono aver luogo si connettono con un mutamento della condizione civile, sono cioè una conseguenza del riconoscimento della legittimazione, della adozione, del matrimonio. Solo come eccezione è ammesso che si possa, per decreto reale, ottenere un mutamento del nome e cognome (R.

---

[1] Fadda e Bensa. Note delle Pandette del Windscheid pag. 634

Decreto sull'ordinamento dello stato civile 15 nov. 1865 art. 119). Il nome e cognome risultano sempre dagli atti dello stato civile, che sono pubblici in quanto sono inseriti nei registri esistenti presso ogni comune (Cod. civ. art. 356 e segg.) i quali per espressa disposizione di legge, sono pubblici (art. 362 cod. civ.). Tutti i mutamenti recati al nome e cognome, dipendano essi da un mutamento della condizione civile o da una concessione reale devono essere iscritti negli atti di nascita (cod. civ. art. 197 - 382 e 200) per la legittimazione, art. 219 cod. civ. per l'adozione) o risultano da atti dello stato civile pubblici a pari degli atti di nascita (così il mutamento di cognome derivante da matrimonio); e i mutamenti di nome e cognome dipendenti da concessione sovrana risultano pure dall'atto di nascita in margine del quale devono essere annotati (Ordinamento dello stato civile art. 124).

È naturale che anche nella vita commerciale si senta il bisogno di individuare la persona che si dedica al commercio. Direi anzi che dal punto di vista patrimoniale questa esigenza ha una più alta importanza, perchè l'abilità tecnica, la probità, la correttezza sono qualità personali che nel mondo commerciale acquistano un valore economico non indifferente, in ragione del credito che ne deriva a chi le possiede. Di qui l'interesse altissimo di ciascun commerciante a individuare in modo sicuro e caratteristico la sua personalità, e di qui la tendenza a rendere il suo nome

commerciale quanto più determinato e caratteristico è possibile.

Tuttavia si deve riconoscere che nel nostro diritto non esiste una disciplina giuridica del nome commerciale distinta da quella del nome civile.

Anzitutto, come soggetto di diritti, il commerciante non si distingue dal privato. Abbiamo veduto che non esiste un patrimonio commerciale distinto dal patrimonio civile, e conseguentemente non si può distinguere una personalità commerciale distinta dalla personalità civile. E poichè il nome contraddistingue appunto il soggetto di diritti, è chiaro che un unico soggetto di diritti, non può avere che un unico nome.

D'altro canto se esiste un sistema di bene ordinata pubblicità per il nome civile, non esiste, nel diritto italiano, un sistema obbligatorio di pubblicità per il nome commerciale.

Tutto ciò significa che, giuridicamente un nome commerciale distinto dal civile non esiste e che il nome con cui il commerciante esercita il commercio deve corrispondere al suo nome civile, o, per meglio dire il commerciante non può esercitare il commercio con un nome diverso dal suo nome civile.

Certo, nulla vieta che il commerciante per meglio individuarsi nell'esercizio del commercio, aggiunga al suo nome quelle indicazioni che egli ritiene meglio <u>adatte</u> a distinguerlo dagli altri e ad ac-

creditarlo, ma non sarà lecito al commerciante nè appropriarsi il nome di un altro nè foggiarsi un nome a suo beneplacito. Le modificazioni che il commerciante può arrecare al suo nome, devono avere due requisiti per essere legittime: a) devono essere tali da non alterare il nome civile; b) devono essere conformi a verità. Quindi potrà il commerciante usare come ditta il suo nome civile abbreviato, purchè usi intatto il cognome (per es: potrà firmarsi con la sola iniziale del nome). Questa modificazione è consentita dalla legge, poichè mentre in materia civile è richiesta la sottoscrizione col nome e cognome, in materia commerciale è essenziale solo il cognome: (Cod. di comm. art. 251-258-262-371). Egualmente potrà il commerciante aggiungere al suo nome civile delle qualificazioni che servano a meglio indentificarlo o accreditarlo. Potrà indicare la paternità, potrà indicare che egli è successore a titolo universale o particolare di un altro commerciante, potrà aggiungere al suo nome titoli cavallereschi o nobiliari o accademici o anche la menzione che egli è allievo di una determinata persona, che ha ricoperto determinati uffici. Tutte queste aggiunte sono permesse purchè siano vere e non ingenerino confusioni dannose con altre persone.

Ma qui si arresta la tolleranza della legge, per cui nel nostro diritto deve ritenersi illegittima sia la creazione di un nome commerciale arbitrario, sia l'adozione di un nome altrui, che venga sosti-

tuito al proprio. So bene che una pratica contraria è invalsa in Italia e che si suole parlare di ditte derivate, che sarebbero quelle acquistate per eredità o per atto tra vivi. Ma questa pratica è certamente illegale, perchè non esiste legalmente in Italia un nome commerciale distinto dal nome civile e il nome civile non è certamente trasmissibile, in quanto contraddistingue il soggetto di diritti e vive e muore con esso.

Dalla ditta, come nome del commerciante, va distinta la ditta, come nome dell'azienda. In verità la espressione ditta è non di rado adoperata anche per designare l'azienda, ossia il complesso dei beni destinati al commercio. Si parla allora di una ditta obbiettiva, in contrapposto alla ditta nome che sarebbe invece la ditta subiettiva.[1] La ditta obiettiva può consistere o in un nome fantastico (per es: Magazzini del Louvre, Caffè Gambrinus, Hôtel del Corso) oppure nell'indicazione dell'oggetto del commercio accompagnato ad un nome di persona, che sarà, di regola, quello del proprietario dell'azienda (Caffè Pedrocchi, Pasticceria Ronzi

(1) Magri. Sul concetto giuridico della ditta commerciale nella Rivista di Diritto commerciale 1912 pag. 18 e segg.

e Singher). Come contrassegno dell'azienda, la ditta ha una disciplina giuridica tutta diversa che come contrassegno della persona; mentre perciò la ditta subiettiva non può essere ceduta nè trasmessa per eredità e neppure foggiata a capriccio del commerciante, la ditta obiettiva può essere creata, venduta o trasmessa per eredità. Sola condizione perchè possa essere trasmessa per atto tra vivi o per mortis causa è che contemporaneamente sia trasmessa l'azienda; essa è un segno distintivo e come tutti i segni distintivi segue la sorte della cosa contrassegnata.

Ma rimane bene inteso che l'uso di un nome come ditta obiettiva non implica l'uso dello stesso nome come ditta subiettiva e che il commerciante non può entrare in rapporti giuridici coi terzi se non col nome corrispondente al suo nome civile; e non potrà mai servirsi della denominazione dell'azienda quando sottoscrive le sue obbligazioni, in qualunque forma aquisti diritti e doveri giuridici.

La ditta obiettiva, che sotto tutti i punti di vista deve distinguersi dalla ditta subiettiva o ditta nome, ha invece molti punti di contatto con l'insegna o col marchio.

L'insegna è il distintivo che contrassegna il negozio, cioè il luogo dove il commerciante esercita il commercio. Essa consiste in un segno for-

mato di parole di figure o delle une e delle altre insieme. In altri tempi le insegne, composte di figure (es: un leone d'oro, una stella d'oro, un cavallo bianco) erano prevalenti; oggi sono invece prevalenti le insegne formate da parole. E per lo più le parole costituenti l'insegna riproducono la ditta obiettiva, ma anche in questo caso l'insegna non va confusa con la ditta obiettiva: quella infatti ha la funzione di contraddistinguere il locale che è sede dell'azienda, questa contraddistingue l'azienda come complesso patrimoniale; tanto è vero che una stessa azienda, il cui commercio si svolga in locali diversi, può avere, per i diversi locali, insegne differenti. La disciplina giuridica dell'insegna è simile a quella dell'azienda: essa può essere creata e trasmessa, ma in ogni caso, segue le vicende del negozio che contraddistingue.

Come l'insegna contraddistingue il negozio, così il marchio contraddistingue le merci. Il marchio consiste in un contrassegno apposto alle merci allo scopo di determinare la provenienza. Non si devono pertanto confondere i marchi con le marche: quelli stabiliscono la provenienza delle merci, queste la proprietà delle merci. Vi sono due specie principali di marchi: i marchi di fabbrica e i marchi di commercio: quelli contraddistinguono il produttore della merce, questi chi ne fa commercio. Delle due specie di marchi è naturalmente di gran lunga

più importante il marchio di fabbrica, perchè il marchio di fabbrica accompagna le merci dall'origine al consumo, mentre il marchio di commercio può essere soppresso e sostituito da ogni successivo rivenditore.

Il marchio può consistere in qualunque contrassegno, in una figura, in una sigla e anche nellariproduzione del nome del commerciante, o del nome dell'azienda, o dell'insegna. Ma anche in questi casi la diversa funzione, distingue il marchio dalla ditta subiettiva, dalla ditta obiettiva e dall'insegna. Il marchio può essere acquistato o in modo originario o in modo derivativo: la disciplina giuridica del marchio sarà esposta nella parte speciale al pari di quella della ditta e dell'insegna.

E) Cose aventi un valore in sè e <u>cose rappresentanti un valore</u>. <u>Le carte valori o titoli di credito.</u>

Fra le cose corporali la più gran parte serve direttamente a soddisfare un bisogno e quindi ha un valore intrinseco che da questo fatto le deriva. Tuttavia ve ne sono anche alcune che non hanno alcun valore intrinseco, ma il cui valore dipende unicamente dal fatto che in esse é incorporato un diritto, in modo che chi ha la cosa ha il diritto. In questo caso la cosa che per sè non avrebbe direttamente valore, acquista valore in ragione ed in proporzione del diritto che vi è collegato. Que-

sto caso si verifica appunto per le carte valori o titoli di credito.

I titoli di credito sono documenti a cui è connesso un diritto di credito in modo che chi ha il documento ha altresì il credito.

È questa una funzione tutta speciale dei documenti. Di solito il documento ha una funzione meramente probatoria; esso cioè attesta semplicemente l'esistenza di un rapporto giuridico ma non ha col rapporto giuridico nessuna connessione necessaria: il rapporto esiste di per sé indipendentemente dal documento, il quale, appunto perché tende a dimostrarne l'esistenza, lo presuppone. In questo caso il rapporto esiste all'infuori del documento e produce tutti i suoi effetti, anche se il documento manca, purché sia possibile dimostrarne in altri modi la esistenza. Ma può darsi anche il caso che al documento sia riservata una funzione più importante, che essa abbia valore non solamente probatorio, ma costitutivo. Può darsi cioè che il documento sia una condizione necessaria per l'esistenza del rapporto giuridico, il che si verifica in tutti i casi, in cui si richieda, per la dichiarazione di volontà la forma scritta. Allora il rapporto giuridico non sorge, se la volontà non è dichiarata in forma scritta, e quindi non v'è rapporto giuridico, quando manca il documento.

Come si vede, in questo caso tra il rap-

porto giuridico e il documento vi è una connessione molto stretta. Tuttavia la connessione non è completa perchè se il documento è necessario per la formazione originaria del rapporto giuridico, rapporto e documento rimangono tuttavia due entità distinte nel senso che una volta costituito il rapporto, questo ha una vita sua indipendente dal documento. Nei negozi formali dunque il valore del documento è puramente costitutivo, ma il documento non si compenetra col rapporto in modo che questo ne segua tutte le vicende. È perfettamente possibile, una volta costituito il rapporto, farlo valere anche se non si ha a propria disposizione il documento, e avere a propria disposizione il documento non significa nulla se non si è effettivamente, in base alla dichiarazione di volontà da cui originò il rapporto, il soggetto attivo di questo.

Vi sono invece dei casi in cui la connessione tra documento e rapporto giuridico, è non soltanto originaria, ma permanente. Vi sono cioè dei casi in cui non solo il diritto non sorge se la dichiarazione di volontà, che gli dette origine, non è consacrata in un documento, ma anche successivamente documento e diritto sono compenetrati in modo che il documento è condizione necessaria e sufficiente per l'attribuzione del diritto. In questo caso chi ha il documento, e solo chi ha il documento ha il diritto. <u>I documenti che hanno la virtù di attribuire</u>

un diritto, sono appunto le carte valori o titoli di credito. Nei titoli di credito vi ha dunque perfetta incorporazione o connessione fra il credito e il diritto: il dir. per così dire si materializza nel titolo, di modo che vi ha perfetta coincidenza fra il diritto reale sul titolo e il diritto di credito. La proprietà del titolo importa perciò proprietà del credito, il possesso del titolo, il semplice esercizio di fatto del credito.

Non staremo qui ad esporre come si spieghi giuridicamente questo fenomeno; è argomento questo di cui diremo nella parte speciale. Ci basti per ora accennare che il tema si connette con quello dei rapporti giuridici e particolarmente a quello delle obbligazioni a elementi indeterminati. È possibilissimo concepire un rapporto giuridico di cui taluno degli elementi, per es:, uno dei soggetti, sia indeterminato, a patto però che sia determinabile, vale a dire che siano forniti gli elementi per la sua futura determinazione. Ora nei titoli di credito si ha appunto un rapporto obbligatorio, il cui soggetto attivo (creditore) è originariamente indeterminato e si determina nella persona di colui che diventa proprietario del commercio. Si tratta dunque di una determinazione non individuale, ma derivante dall'acquisto di una certa qualità giuridica, ossia della qualità di proprietario del titolo. È dunque la proprietà del titolo che determi-

na l'acquisto del diritto di credito: proprietario del titolo e titolare del credito sono due qualità inscindibilmente connesse. Da questa premessa che il rapporto obbligatorio derivante da un titolo di credito è un rapporto a soggetto attivo determinato indirettamente e quindi individualmente indeterminato, deriva di necessità la conseguenza che il negozio giuridico, da cui originò il rapporto, non è un contratto, ma un negozio giuridico unilaterale. Non è concepibile infatti un contratto con una persona indeterminata: il contratto è l'incontro di due concrete dichiarazioni di volontà e per la formazione di esso occorre sempre due persone individualmente determinate. È possibile invece con una dichiarazione unilaterale di volontà, assumere una obbligazione verso una persona indeterminata individualmente, ma determinabile (per es: promessa per pubblici proclami, ed è quindi possibilissimo dichiarare di volersi obbligare non verso Tizio o Caio, persone singolarmente determinate, ma verso il proprietario d'un documento, chiunque possa essere.

Rimane così perfettamente spiegata la inscindibile connessione fra il documento e il diritto. Essa dipende appunto da ciò che il debitore si obbligò semplicemente verso il proprietario del documento.

Questa connessione produce incalcolabili

<u>vantaggi</u> pratici. In virtù di essa il credito si materializza e si trasmette colla stessa facilità con cui si trasmette una cosa mobile. Il documento in fatto non è che una cosa mobile corporale e poichè essa ha virtù di rappresentare il diritto, basta trasmettere il documento per trasmettere il diritto. Inoltre poichè il diritto segue le sorti del documento, giuridicamente, non si ha vera trasmissione del diritto. Dal punto di vista giuridico il diritto non è trasmesso, ma è acquistato, volta per volta, originariamente in virtù dell' acquisto del titolo. Chi acquista il titolo non acquista dal suo dante causa il diritto, ma la condizione per acquistare il diritto, così come in altro campo chi acquista un fondo non si accolla per trasmissione da parte del venditore l'onere delle imposte, ma diventa debitore dell'imposte in quanto ha acquistato il fondo. Questa situazione conduce a una conseguenza pratica di capitale importanza che ci dà ragione dei vantaggi che presentano i titoli di credito e della loro conseguente diffusione. Deriva cioè da quella situazione l'effetto che non si applica a questa particolare trasmissione di diritto il principio di logica giuridica, che regola tutte le trasmissioni di diritti, il principio cioè <u>nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habeat</u>. Infatti si è visto che non si ha

qui vera trasmissione, cioè acquisto, derivato di diritto, ma acquisto originario. La posizione dunque del credito, in base a un titolo di credito, è la posizione di un creditore originario ossia avente un diritto proprio ed autonomo, immune dalle eccezioni personali che si potevano opporre all'antecedente creditore.

Vi sono varie specie di titoli di credito: le più importanti distinzioni sono quelle che prendono a base la natura del credito, e il mòdo di trasmissione dei titoli.

Secondo la diversa natura del credito incorporato nel titolo, si distinguono:

a) titoli che danno diritto al pagamento di una somma di danaro, che contengono cioè un credito di danaro. Così la cambiale, i biglietti di banca, gli chèques, le cartelle fondiarie, le obbligazioni emesse dalle società, dalle provincie e dai comuni, i titoli del debito pubblico ecc.

b) titoli che danno diritto alla prestazione di un esercizio; per es: i biglietti ferroviari, che danno diritto al trasporto per ferrovia, i biglietti di tram, di teatro, i biglietti d'ingresso a una esposizione ecc.

c) titoli che danno diritto alla consegna d'una cosa; dipendono per lo più da un contratto di cui è implicata la consegna di una cosa e la sua successiva restituzione. Così gli scontrini del deposito dei bagagli, gli scontrini dei guardaroba

pubblici e tutti i così detti titoli di disposizione derivanti da contratti in cui è implicata la restituzione d'una cosa consegnata. Così le fedi di deposito nei magazzini generali (ricevute rilasciate dai magazzini), così le polizze di carico (ricevute rilasciate dal capitano delle merci caricate), così le lettere di vettura (ricevute rilasciate da chi segue il trasporto delle cose trasportate). Questi titoli di disposizione sono veri titoli di credito, perchè il diritto che essi attribuiscono è il diritto alla consegna d'una cosa, derivante da un contratto e non già il generale diritto di rivendicazione spettante al proprietario.

d) titoli che attribuiscono la qualità di socio. Sono gli unici titoli che non danno veramente un titolo di credito, ma un diritto più complesso e di natura diversa, vale a dire un diritto corporativo, che è il diritto spettante ad ogni membro della corporazione verso la corporazione. A questa categoria di titoli appartengono le azioni delle società commerciali.

Sotto il punto di vista del modo con cui possono venire trasmessi, i titoli di credito si distinguono in

a) titoli nominativi. Sono titoli per la cui trasmissione occorre una formalità abbastanza complessa che si chiama transfert. Questa formalità consiste nella annotazione del trapasso fatta nei registri del debitore. È necessario osservare che que-

sta annotazione non ha nulla di comune colla intimazione necessaria alla cessione dei crediti (cod. civ. 1539), perchè il trapasso del titolo nominativo non implica affatto una cessione del credito, in quanto non è vera trasmissione del credito, ma solo trasmissione del titolo, in base alla quale ha luogo l'acquisto originario del credito. Vi sono molti titoli nominativi: di solito gli stessi titoli possono assumere ora la forma nominativa ora altre forme (per es: i titoli del debito pubblico che possono essere nominativi e al portatore, le azioni delle società commerciali che possono pure essere nominative e al portatore): ma qualche volta accade che alcuni titoli non possono essere che nominativi (le azioni delle società commerciale non ancora completamente liberate; cod. di comm. art. 166).

b) <u>titoli all'ordine</u>. Sono titoli per il cui trasferimento occorre una formalità un pò meno complessa che si chiama <u>girata</u>. La girata è la dichiarazione di volere trasmettere il titolo, che deve essere scritto sullo stesso titolo. Vi sono titoli che possono assumere tanto la forma di titoli all'ordine, come la forma di titolo nominativo o al portatore (Per es: lo chèque può essere all'ordine o al portatore; cod. di com. art. 340; la lettera di vettura può essere nominativa, all'ordine o al portatore; così la polizza di carico). Vi sono invece titoli i quali devono essere necessariamente all'ordine, per es: la cambiale.

c) <u>titoli al portatore</u>. Sono titoli per la cui

trasmissione è sufficiente tradizione manuale. Questa forma di trasmissione di regola concorre con una o più delle altre due forme: vi sono titoli che possono essere indifferentemente nominativi, all'ordine o al portatore (la lettera di vettura); ma più spesso i titoli possono essere nominativi o al portatore (es: la rendita pubblica, le azioni delle azioni commerciali); più raramente possono essere all'ordine o al portatore (es. lo chèque). Si deve notare a questo proposito che il transfert, la girata, la tradizione manuale non operano il trasferimento della proprietà del titolo, ma semplicemente del possesso, anzi per il transfert e la girata sarebbe da dubitare se essi non debbano considerarsi più come forme che debbano accompagnare la trasmissione del possesso, che come causa efficiente del trasferimento del possesso. Certo è ad ogni modo che il trasferimento della proprietà è indipendente dal trasferimento del possesso qui come dovunque; e che per i titoli di credito, come per tutte le cose, vi può essere proprietà senza possesso e possesso senza proprietà. Il trasferimento della proprietà non dipende dal trasferimento del possesso, ma dal fatto che esiste un titolo valido, abile a trasferire il dominio. Dall'esistenza di questo titolo si deve decidere se il possessore del documento sia anche proprietario di esso. È da tener presente però che ai titoli di credito si applica il principio che vale per tutte le cose mobili, il principio scritto nell'art. 707 cod. civ. per cui, di fronte ai terzi di buona fede il possesso pro

duce gli stessi effetti del titolo, il che importa che chi acquista in buona fede il possesso d'una cosa mobile le diventa proprietario, anche se acquista a non domino. Questo principio modifica profondamente, rispetto alle cose mobili, il principio che l'acquisto delle proprietà è indipendente dal possesso e dipende dal titolo, perchè rispetto all'acquirente di buona fede possesso e proprietà coincidono. Tuttociò si applica anche ai titoli di credito e perciò anche chi acquista in buona fede il possesso d'un titolo di credito, sana i vizi del titolo in base a cui l'ha acquistato e diventa proprietario. Questo principio rappresenta un ulteriore presidio che rafforza la posizione dell'acquirente del titolo e che rende più sicura la circolazione. I due principi che chi acquista la proprietà di un titolo di credito acquista in modo originario il diritto di credito, e il principio che il possesso, in buona fede acquistato, di un titolo di credito equivale a proprietà, si cumulano e si correggono a vicenda. Chi acquista in buona fede il possesso di un titolo di credito può dunque da un canto respingere le pretese di rivendicazione del proprietario, in virtù del principio "possesso vale titolo" e d'altro canto può presentarsi al debitore come l'unico credito e come un creditore con diritto proprio ed autonomo, perchè derivante non da una trasmissione viziata, ma dal fatto che egli si presenta come proprietario del titolo.

Capitolo III

Nascita, modificazione, estinzione dei rapporti del dir. commerciale

I fatti giuridici commerciali

§ 18 Considerazioni generali.

I rapporti giuridici, dicemmo, nascono, si modificano, si estinguono, in seguito al verificarsi di un fatto, che si chiama fatto giuridico. I fatti, che danno luogo alla creazione, alla modificazione o alla estinzione di un rapporto giuridico commerciale possono chiamarsi fatti giuridici commerciali.

Non esiste una teoria autonoma dei fatti giuridici commerciali in generale. Il carattere frammentario del diritto commerciale si rileva qui più manifestamente che altrove. Le norme di carattere generale, che derogano in materia commerciale, alle disposizioni del diritto civile sugli atti e sui fatti giuridici, sono ben scarse. E dalla disciplina particolare, che il diritto commerciale contiene di singoli fatti e specialmente atti giuridici, difficilmente si riesce a ricostruire una organica dottrina generale. Noi ci limiteremo pertanto a toccare quei singoli pun-

ti della teoria dei fatti giuridici, in cui il diritto commerciale presenta particolarità rilevanti, o offre particolare interesse per le applicazioni più importanti, che se ne fanno in materia commerciale.

È noto che i fatti giuridici si distinguono in:

A) fatti dell'uomo; fatti cioè dipendenti dalla volontà umana; i quali alla loro volta si distinguono in:

a) fatti leciti, cioè fatti dell'uomo diretti ad uno scopo riconosciuto dal diritto. I fatti leciti si sottodistinguono ancora in:

α) negozi giuridici, che sono dichiarazioni di volontà, a cui la legge riconnette fatti giuridici.

β) azioni umane che producono uno stato di fatto, a cui la legge riconnette effetti giuridici: così le costruzioni, le piantagioni, le derivazioni d'acqua.

In questa ultima categoria di fatti giuridici si possono collocare gli stati di fatto che danno luogo a quegli effetti giuridici che vanno sotto il nome di prescrizione, perchè nella prescrizione appunto, come in seguito vedremo, un contegno negativo (non uso di un diritto) o positivo (godimento di fatto di un diritto) prolungato per un certo tempo, producono rispettivamente la perdita o l'acquisto del diritto

b) fatti illeciti cioè fatti dell'uomo diretti ad

uno scopo riprovato dal diritto e che pertanto il diritto vieta; perciò quando essi sono commessi danno luogo a conseguenze giuridiche dannose per chi li ha compiuti vale a dire a una responsabilità.

B) Fatti indipendenti dalla volontà dell'uomo, ossia fatti della natura esteriore, come la nascita, la morte, la grandine, il naufragio, la perdita fortuita d'una cosa, l'alluvione ecc.

In materia commerciale la disciplina dei fatti giuridici presenta particolarità di qualche interesse rispetto ai negozi giuridici e rispetto alla prescrizione.

Sezione Iª

I negozi giuridici commerciali

§19 Forma dei negozi giuridici commerciali.

La forma dei negozi giuridici non è il mezzo effettivamente scelto dal dichiarante per la dichiarazione di volontà, perchè sotto questo punto di vista tutti i negozi giuridici sarebbero formali. Formale è invece il mezzo prescritto dalla legge per la dichiarazione di volontà in un determinato caso. Vi sono infatti casi in cui la legge lascia libertà di scelta circa il mezzo per manifestare la volontà e ca-

si in cui la legge prestabilisce questo mezzo: nel primo caso il negozio giuridico è a forma libera o <u>non formale</u>, nel secondo caso il negozio giuridico è a forma libera o <u>negozio formale</u>.

La regola generale già nel diritto civile è la libertà delle forme. Nel diritto moderno, riconosciuta come principio generale la regola della autonomia della volontà privata, ossia la regola che la dichiarazione privata di volontà, quando sia diretta ad uno scopo lecito, vincola giuridicamente il dichiarante, senza che occorra una determinazione preventiva dello scopo da parte del diritto, ne è venuta come conseguenza logica anche l'ammissione di una assoluta libertà di scelta nei mezzi per la manifestazione della volontà. Il progresso della coltura, il moltiplicarsi dei rapporti economici, la sicurezza nella realizzazione del diritto conseguita al consolidamento della autorità dello Stato e della giustizia statuale, sono stati fattori che hanno validamente cooperato alla graduale conquista della libertà delle forme. Anche in materia civile deve dunque dirsi che esiste un principio generale di diritto, per cui la volontà deve essere dichiarata in qualunque modo. Di fronte a questo principio occorre un testo preciso di legge che imponga in un caso particolare una determinata forma, perchè si abbia un negozio formale. Questi casi sono per il diritto civile relativamente numerosi, ma sempre eccezionali e quindi di stretta interpretazione.

In materia commerciale nessun dubbio che valga lo stesso principio, anzi il principio della libertà delle forme ha in materia commerciale un più largo fondamento economico e quindi anche una applicazione giuridica più vasta. Nei rapporti commerciali invero la semplicità delle forme, da un canto è richiesta con più imperiosa esigenza della rapidità con cui si svolgono e si intrecciano le relazioni economiche, dall'altro è facilitata dal maggior grado di coltura, dalle abitudini di correttezza e di fiducia reciproca, che sono largamente diffuse nel mondo commerciale e costituiscono una vera necessità di vita per lo sviluppo del commercio. Le eccezioni pertanto, che il diritto commerciale conosce alla regola della libertà delle forme, sono limitatissime.

Come nel diritto civile così anche nel diritto commerciale due sono le forme abitualmente richieste: la scrittura privata e l'atto pubblico, che si ha quando la dichiarazione di volontà è raccoltà e scritta da un pubblico ufficiale. Una formalità particolare che ha invece più largo campo di applicazione in materia commerciale è l'apposizione del bollo sul documento contenenente la scrittura.

Vi sono in diritto commerciale, così come in diritto civile, due specie di negozi formali, secondo la natura delle conseguenze giuridiche che la legge riconnette alla inosservanza della forma. Infatti talune volte accade che la legge prescrive una

forma determinata sotto pena di nullità: dichiara cioè non efficacie giuridicamente la volontà manifestata in altra forma. Invece in altri casi, la legge non dichiara totalmente inefficace la dichiarazione di volontà, ma riconnette alla dichiarazione di volontà non espressa nella forma voluta, effetti giuridici minori che alla dichiarazione di volontà manifestata nella forma di legge. In ambedue i casi però l'inosservanza della forma si ripercuote sull'efficacia giuridica del negozio, tranne che nel primo l'inefficacia è totale, nel secondo è parziale.

I negozi giuridici formali in materia commerciale non sono più di sei. Di questi sono assolutamente formali:

1º) Le compere e le vendite di beni immobili, per l'art. 44 ultimo capoverso cod. di commercio, il quale richiama espressamente, per la materia commerciale, la disposizione dell'art. 1314 cod. civile che richiede la scrittura sotto pena di nullità.

2º) Il contratto di arruolamento, che è il contratto di locazione d'opera dell'equipaggio di una nave; per l'art 522 cod. di commercio il contratto di arruolamento deve essere fatto per iscritto davanti all'amministratore locale di marina nel regno, e dell'ufficiale consolare in paese estero, sotto pena di nullità. Qui dunque non è richiesta soltanto la scrittura, ma addirittura un atto pubblico. La ragione di questa particolare esigenza della legge sta da un canto nel desiderio di tutelare la

gente di mare e dall'altra necessità di documentare in modo indubbio un negozio giuridico a cui si ricol legano importanti effetti anche di diritto pubblico, per i particolari obblighi di disciplina che incombono al l'equipaggio d'una nave.

Sono invece relativamente formali, vale a dire non completamente inefficaci, quando manchi no della forma richiesta, ma meno efficaci, i seguen ti negozi:

1°) La cambiale (art. 251 e 254 cod. di com mercio) la quale deve essere fatta per iscritto, deve essere fornita di bollo e deve inoltre contenere certe in dicazioni determinate dalla legge. Sotto un certo a spetto il formalismo nella cambiale è rigorosissimo, perchè non solo è prescritta la scrittura, ma è determi nato a priori anche il contenuto della scrittura. La sanzione però della inosservanza delle forme, non è la completa inefficacia del negozio, ma la sua inef ficacia come cambiale, ossia come negozio producen te i particolari effetti giuridici inerenti alla cambia le. Rimangono in ogni caso i consueti effetti propri d'ogni caso giuridico.

2°) Il contratto di prestito a cambio maritti mo, che è un mutuo a interesse di natura speciale, in cui il mutuante viene rimborsato sulle cose che a questo scopo vengono designate (nave, nolo o carico o parte della nave, del nolo o del carico) a condizione che la nave e il suo carico arrivino salve in porto. Esso deve essere fatto per iscritto (art. 590), altri_

menti si risolve un mutuo semplice e non produce che gli effetti legali.

3°) <u>I contratti di borsa detti differenziali</u>, in cui cioè le parti speculano sulla differenza tra il valore che ha oggi un titolo e quello che avrà dopo un certo termine. Questi contratti, per le leggi 14 giugno 1874 e 13 settembre 1876, debbono essere fatti per iscritto sopra foglietti appositamente bollati e posti in vendita dall'amm.ne finanziaria, altrimenti al pari degli ordinari contratti di giuoco e di scommessa non producono per il creditore il diritto di agire in giudizio, danno cioè luogo ad una semplice eccezione e non ad una azione.

4) <u>Gli atti costitutivi delle società commerciali</u>. Le società commerciali, se sono in nome collettivo o in accomandita semplice debbono essere costituite per iscritto e la scrittura deve contenere alcune determinate indicazioni stabilite dalla legge e deve essere inoltre depositata per estratto nella cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione è stabilita la sede delle società per essere trascritta ed affissa nei modi indicati dall'art. 90 (art. 87-88-90 cod. di comm.). L'atto costitutivo delle società in accomandita ed anonime deve essere fatto per atto pubblico, cioè ricevuto da notaio, deve contenere alcune specificate indicazioni, deve essere depositato integralmente nella cancelleria del tribunale, per essere dopo un decreto di autorizzazione del tribunale stes-

so, trascritto ed affisso nei modi indicati dall'art. 90 (art. 87 - 89 - 91 cod. di comm.) La mancanza di tale formalità non produce la nullità totale dell'atto costitutivo, ma ne diminuisce l'efficacia, specialmente perchè rende la società in nome collettivo e in accomandita semplice irregolarmente costituita, risolubile a semplice richiesta d'un socio, e permette a sottoscrittori di azioni nelle società in accomandita per azioni e anonime di liberarsi dalla obbligazione assunta. Secondo una opinione molto autorevole poi il mancato adempimento delle formalità, impedirebbe alle società anche l'acquisto della personalità giuridica.

Oltre questi vari negozi indubbiamente formali, se ne sono altri su cui può cadere qualche dubbio. Un primo gruppo di casi è dato da tutti quegli atti, di cui il codice di commercio dice che debbono essere fatti per iscritto, senza aggiungere però alcuna specifica sanzione, per il caso che tale formalità non sia stata adempita. Di questi atti se ne sono molti. Così il contratto di assicurazione (cod. di comm. art. 420), il contratto di pegno (cod. di commercio art. 454) il contratto di costruzione di navi (cod. di comm. art. 481); il contratto di pegno sulla nave (cod. di comm. art 485) il contratto di noleggio (art 547). Può quindi nascere il dubbio circa gli effetti della inosservanza della norma legislativa che prescrive la scrittura. Deve in questi casi la scrittura considerarsi come un elemento essenziale del contratto e quindi mancando

la scrittura si deve il contratto considerare totalmente o parzialmente inefficace? Il dubbio è risolto testualmente dall'art. 53 del cod. di comm., il quale stabilisce che quando il codice di commercio richiede la prova per iscritto non può ammettersi la prova per testimoni, se non nei casi in cui è permessa secondo il codice civile. Ciò significa che la mancanza di scrittura produce semplicemente l'effetto di restringere i mezzi di prova e precisamente di escludere l'ammissibilità della prova testimoniale. Vedremo in seguito che la legge commerciale (art. 44), derogando alle disposizioni restrittive dell'art. 1341 del codice civile, permette al giudice, in materia commerciale, di far luogo alla prova per testimoni in tutti i casi. Orbene, questa disposizione liberale del codice di commercio trova una limitazione nei casi in cui la legge commerciale prescriva la scrittura senza aggiungere alcuna specifica sanzione. La sanzione generale dunque della inosservanza di queste norme è il ritorno alle disposizioni restrittive del codice civile, cioè la esclusione della prova testimoniale.

È evidente che una simile sanzione non rende formali questi negozi. La esclusione della prova testimoniale invero, influisce sulla prova e non sulla efficacia del negozio. Questo potrà essere provato più difficilmente, ma sarà pure sempre possibile provarlo, adoperando quegli altri mezzi, che all'infuori dei testimoni, sono ammessi dalla nostra le-

gislazione, per convincere il giudice dell'esistenza di un fatto giuridicamente rilevanti: così la confessione, l'interrogatorio, il giuramento (non le presunzioni semplici o indizi che sono esclusi tutte le volte che è esclusa la prova testimoniale): cod. civ. art. 1354.

Meno semplice si presenta la questione in un altro gruppo di casi vale a dire per tutti quegli atti, che secondo l'art. 1314 del codice civile debbono essere fatti per iscritto a pena di nullità. Questi atti, che in materia civile debbono considerarsi indubbiamente formali sono:

1°) Le convenzioni che trasferiscono la proprietà d'immobili o di altri beni o diritti capaci d'ipoteca, salve le disposizioni relative alle rendite sopra lo Stato.

2°) Le convenzioni che costituiscono o modificano servitù prediali, o diritti di uso o di abitazione, o trasferiscono l'esercizio del diritto di usufrutto.

3)° Gli atti di rinunzia ai diritti enunciati nei due numeri precedenti.

4°) I contratti di locazione d'immobili per un tempo eccedente i nove anni.

5°) I contratti di società che hanno per oggetto il godimento di beni immobili, quando la durata della società è indeterminata o eccede i nove

anni.

6°) Gli atti che costituiscono rendite sì perpetue che vitalizie.

7°) Le transazioni

8°) Gli altri atti specialmente indicati dalla legge.

Di tutte queste categorie di atti il codice di commercio non considera che una sola, vale a dire le compere e le vendite di beni immobili, per le quali secondo la disposizione dell'art. 44, ultimo capoverso, del codice di commercio "rimane ferma la disposizione dell'art. 1314 del codice civile". Quindi le compere e le vendite di beni immobili sono indubbiamente negozi formali anche in materia commerciale e come tali noi le abbiamo considerate più sopra.

Ma che cosa dovrà dirsi degli altri atti enumerati nell'art. 1314 codice, civ., e che il codice di commercio non ricorda? Devono essi venir considerati come formali anche in materia commerciale e deve quindi, anche in materia di commercio trovare applicazione l'art. 1314 codice civile? La questione è controversa, ma noi riteniamo che la soluzione più corretta sia la negativa, riteniamo cioè che l'art. 1314 non sia applicabile in materia commerciale, se non in quanto la legge commerciale vi abbia fatto richiamo e cioè per le sole compere e vendite d'immobili.

Sta a favore della nostra opinione un ar-

gomento assai semplice, ma perentorio. Esiste un principio generale che si desume da tutto il sistema della legge, per cui la dichiarazione privata di volontà può avvenire in qualunque forma. Questo principio generale, che sancisce la libertà delle forme, come regola, non è scritto in nessun articolo di legge, ma si desume da tutto il sistema e dalla storia del diritto positivo vigente. Di fronte a questo principio generale è fuori dubbio che occorre una disposizione apposita di legge, perchè si richieda una forma determinata ed un negozio giuridico si debba considerare formale. Ma il principio generale della libertà delle forme, se esiste in materia civile a più forte ragione esiste in materia commerciale: anzi poichè una delle caratteristiche del diritto commerciale è il suo antiformalismo, il principio della libertà delle forme è in modo particolare da considerarsi come un principio di diritto commerciale. Di fronte a questo principio generale il silenzio del codice di commercio è estremamente significativo. Esso non è una lacuna da colmarsi col codice civile, ma è una disposizione implicita, che suona esclusione di ogni formalità.

Abbiamo veduto parlando della interpretazione (§ 12) che non tutti i silenzi del diritto commerciale sono lacune, ma che occorre distinguere fra silenzi e silenzi, e perciò riscontrare una lacuna che dà luogo all'applicazione del diritto civile,

solo nei casi in cui la interpretazione analogica e la ricerca dei principii generali che ne consegue, non abbiano dato modo di riscontrare la esistenza di una norma o di un principio di diritto commerciale implicitamente sancito. Nel nostro caso é evidente che il silenzio della legge commerciale non é lacuna da colmarsi col diritto civile, ma é semplicemente un richiamo tacito, ma indubitabile al principio generale della libertá delle forme. Il ricorso all'art. 1314 del codice civile é dunque assolutamente fuori luogo, perché si deve ritenere che in tutti i casi in cui il codice di commercio non abbia altrimenti disposto, valga la regola generale della libertá delle forme. Del resto non si può negare che sia molto significativo il fatto che il codice di commercio ha bensí tenuto presente l'art. 1314 del codice civile, ma per richiamare uno solo degli atti considerati da esso come formali cioé la compravendita di beni immobili. Se dunque la legge commerciale si richiama al diritto civile, ma vi si richiama limitamente, é chiaro che questo limitato richiamo dovette essere cosciente e non può considerarsi come una lacuna, vale a dire come una dimenticanza.

Questa opinione ha ormai per sé il suffragio della dottrina più numerosa e della concorde giurisprudenza.[1] La contrastano solamente il

---

(1) Vedi le citazioni fatte in Vivante. Trattato vol. IV n. 1572

Manara ed il Giorgi, con argomenti, che non resistono alla critica.[2]

Si dice anzitutto che il codice di commercio dispone unicamente per la compera e vendita di beni immobili, tacendo completamente degli altri contratti enumerati dall'articolo 1314 codice civile; ora in virtù dell'art. 1 codice di Commercio, nel silenzio della legge commerciale si applica il diritto civile e nel caso specifico l'art. 1314. Abbiamo veduto già quanto sia fallace questo argomento per cui ogni silenzio della legge commerciale è una lacuna da colmarsi col diritto civile. In tal modo si viene completamente ad escludere dal campo del diritto commerciale l'interpretazione analogica e la ricerca dei principi generali, tutta riducendo l'interpretazione ad una gretta e pedestre esegesi. Abbiamo già confutato questa dottrina di cui si fa appunto in questa materia una delle più infelici applicazioni. Non è affatto vero che una norma di diritto commerciale non vi sia all'infuori di una disposizione espressa; ciò è del tutto erroneo, perchè anche il diritto commerciale deve, come tutti i rami del diritto, interpretasi col sussidio di tutti gli elementi della interpretazione, quello letterale e logico non meno che l'analogia. E solo quando abbiamo esaurito inutilmente l'uso di tutti gli elementi dell'interpretazione

---

(1) Manara, Atti di Commercio, pag. 211 e segg.; Giorgi, Obbligazioni vol. II n.° 203 pag. 221.

possiamo dire di trovarci di fronte ad una vera lacuna e si deve fare ricorso al diritto civile.

Si è detto poi che il silenzio dell'art. 44 circa la forma dei negozi commerciali, non ha alcun significato, perchè questo articolo contiene disposizioni intorno alla prova in materia commerciale e solo nell'ultimo capoverso, con un evidente errore di metodo, cambia argomento e viene ad occuparsi della forma. Ora, per la separazione che c'è fra l'istituto della forma e l'istituto della prova, il principio della libertà della prova sancito dall'art. 44 non implica affatto anche il principio della libertà delle forme. Rispondiamo che la non applicabilità dell'art. 1314 in materia commerciale si desume non già dal fatto che l'art. 44 ha sancito la libertà delle prove, ma appunto dal silenzio della legge commerciale circa le forme degli atti contemplati nell'art. 1314, silenzio che di per sè, e indipendentemente da ciò che la legge dice circa la prova, implica il riconoscimento della libertà delle forme. Del resto non può negarsi che dal principio della libertà della prova esplicitamente sancito dall'art. 44 si possa desumere un nuovo argomento a favore della nostra tesi. Se infatti la legge dice che in materia commerciale la prova è libera, evidentemente essa presuppone che anche la forma sia libera, perchè l'osservanza della forma ha tratto alla validità giuridica del negozio e non si può provare se

non ciò che giuridicamente esiste. Il principio della separazione fra l'istituto della forma e quello della prova, così come è affermato dai nostri contraddittori, non è vero. Forma e prova sono due istituti distinti, giacchè la forma è un requisito della validità e dell'efficacia giuridica del negozio, mentre la prova riguarda la dimostrazione che si fa al giudice di un negozio giuridico esistente e valido. Ma distinzione non è separazione: al contrario fra la forma e la prova vi sono punti di contatto e d'influenza reciproca. Anzitutto nei negozi formali la forma adempie a una duplice funzione, costituisce il diritto e serve a provarlo: così nei negozi per cui è richiesta la scrittura, se si esibisce l'atto scritto con cui il negozio è stato stipulato, non solo si dimostra l'osservanza della forma, che è necessaria per l'esistenza del negozio, ma si fornisce anche la prova di questo. In secondo luogo, poichè ciò che non si può provare in alcun modo, non può produrre praticamente effetti giuridici, è evidente che l'ammissione di altri mezzi di prova determinati ad esclusione di altri, quando si tratta di prove precostituite, come per es: la scrittura, avvicina il negozio, di cui viene limitata la prova, a un negozio formale, e se il mezzo di prova ammesso è uno solo, la limitazione della prova equivale all'imposizione di una forma. Così per es: dire che un atto non può essere fatto per iscritto o dire che può essere provato solo per mezzo di scrit-

tura è precisamente la stessa cosa. Quando dunque la legge dice che un atto si può provare in qualunque modo, è evidente che ciò significa anche che l'atto si può fare in qualunque modo. E ciò è proprio il caso dell'art. 44 codice di commercio.

Si è detto ancora che nei lavori preparatori del codice di commercio,(1) si trova affermato che la legge commerciale non intese di derogare alla necessità della scrittura per le convenzioni traslative della proprietà d'immobili e di altri beni capaci d'ipoteca, estendendosi così la portata dell'ultimo capoverso dell'art. 1314. Ma è facile rispondere che si tratta di opinioni emesse durante le discussioni parlamentari e contradette da altri documenti legislativi; per cui dai lavori preparatori non può dirsi che si tragga alcun argomento nè pro nè contro l'opinione che combattiamo.

Infine si è detto che la scrittura nei contratti ennumerati dall'art. 1314 è in ogni modo necessaria per fare la trascrizione di essi. Ma anzitutto non tutti gli atti ennumerati dall'art. 1314 devono essere trascritti (per es: non devono essere trascritte le transazioni, non si debbono trascrivere le costituzioni di rendita, codice civ. art. 1932 e 1933); e

---

(1) Lavori preparatori del Codice di Commercio; Atti parlamentari vol. II parte II pag. 370-371 (discorso del relatore Pasquali alla Camera dei deputati).

poi vi sono atti che debbono essere trascritti e per cui la forma scritta non è richiesta (per es: le cessioni di pigioni o di fitti superiori ad un triennio: cod. civ. 1932 n. 7; per es: i contratti per la costruzione delle navi, i contratti di alienazione o cessione di navi, i contratti di pegno sulla nave: cod. di comm. art. 481-483-485-486, che debbono pure essere trascritti per cui la scrittura non è richiesta a pena di inefficacia dell'atto fra le parti). Vuol dire che nei casi in cui è necessaria la trascrizione, l'atto non avrà effetto di fronte ai terzi finchè non è trascritto, ma fra le parti è perfettamente valido malgrado la mancanza della scrittura e della trascrizione, il che porta ad escludere che l'atto possa considerarsi formale. Del resto non è detto che non possano trascriversi anche negozi non fatti per iscritto; può per es: la trascrizione venire eseguita in base ad una sentenza che riconosca l'esistenza del negozio, e in verità sono frequenti i casi, in cui la legge impone la trascrizione di una sentenza (cod. civ. 1932 n. 4 e 8; art. 1934 e 1935).

§20 La rappresentanza nei negozi commerciali.

Sezione I°. Concetto della rappresentanza.

Lo scopo del diritto non è soltanto la conser-

vazione della società, ma anche la cooperazione sociale; alla cooperazione anzi è diretto tutto il diritto contrattuale e buona parte del diritto privato patrimoniale anche non contrattuale. Uno degli istituti di diritto privato che serve più efficacemente ad attuare il principio della cooperazione sociale è l'istituto della rappresentanza, che permette alle persone fisiche di agire giuridicamente per mezzo di altri ed è poi condizione necessaria per la esistenza delle persone giuridiche che non altrimenti possono agire se non per mezzo di persone fisiche.

La rappresentanza è un istituto giuridico, per cui una persona (rappresentante) pone in essere un negozio giuridico in nome di un'altra (rappresentata) in modo che il negozio si considera come posto in essere direttamente da questa e i diritti e gli obblighi che ne derivano passano immediatamente ad essa.

Il diritto romano non conobbe come regola l'istituto della rappresentanza: per il diritto romano era inconcepibile che l'atto giuridico compiuto da una persona potesse mai produrre direttamente i suoi effetti in un'altra. Per quanto da alcuni oggi si propenda per l'opinione, che specie nella compilazione giustinianea l'istituto della rappresentanza fosse in parte riconosciuto, pure allo stato attuale degli studi romanistici, la rappresentanza appare, in linea di principio,

estranea al diritto romano. La ragione di questa mancanza sta specialmente nella organizzazione della famiglia romana, che permetteva al pater familias di acquistare per mezzo dei figli e degli schiavi, e che rendeva superfluo un altro istituto diretto a conseguire lo stesso scopo. Fu solamente sotto l'influenza del dir. canonico che nei secoli XIV° e XV° la rappresentanza si affermò come istituto giuridico; ed ormai il diritto moderno parte da un principio affatto opposto a quello del diritto romano; dal principio cioè dell'assoluta e generale ammissibilità della rappresentanza nei negozi giuridici. A questo risultato hanno contribuito sia la scomparsa della schiavitù, sia il successivo modificarsi della costituzione famigliare, specie a riguardo alla patria potestà. Divenuto impossibile l'acquisto dei diritti per opera dei figli e dei servi, si è imposta la necessità di un istituto che permettesse di agire giuridicamente per mezzo di altri in modo semplice e sicuro, e da questa necessità è sorto l'istituto della rappresentanza.

La necessità della cooperazione altrui nella formazione dei negozi giuridici è sentita più vivamente nei rapporti commerciali, che si sono resi sempre più vasti e più complessi. L'essere il commercio divenuto da locale, pri-

ma nazionale, poi internazionale e infine mondiale, ha reso indispensabile la simultanea conclusione d'affari in luoghi diversi e quindi la possibilità di agire e costituire negozi giuridici per mezzo di altri. La rappresentanza è dunque un istituto che interessa nel massimo grado i rapporti commerciali, e in materia di commercio ha le sue più larghe applicazioni.

Il principio della libera ammissibilità della rappresentanza è oggi implicitamente od esplicitamente sancito da tutte le legislazioni. Mentre alcune legislazioni, come la tedesca (cod. civ. del 1896 §§ 164-181) dedicano alla rappresentanza una trattazione speciale, nella legislazione italiana il principio della ammissibilità della rappresentanza è conosciuto solo indirettamente. Più disposizioni ne mettono però fuori di dubbio l'esistenza, vedi così per il codice civile gli art. 1744, 1728, 1752; per il codice di commercio gli art. 349, 350, 368, 106, 116, 122, 491.

Sezione II^a. Fondamento giuridico della rappresentanza.

La definizione, che si dà comunemente del-

la rappresentanza, e che noi abbiamo premesso alla nostra esposizione, non è in fondo che una descrizione.

Quando si afferma che nella rappresentanza la dichiarazione di volontà del rappresentante produce i suoi effetti giuridici direttamente nella persona del rappresentato, ci si limita a descrivere gli effetti della rappresentanza, ma non si dice ancora quale è la causa di questo fenomeno giuridico, per cui ciò che viene fatto da una persona si considera come se fosse fatto da un'altra. La difficoltà di una concezione logica di questo fenomeno non fu forse estranea alla repugnanza dei romani per la rappresentanza, e si aggiunge probabilmente alle ragioni storiche ed economiche, per cui in diritto romano valse come regola il principio _per extraneam personam nobis adquiri non potest_.

Dobbiamo dunque istituire una ricerca che di solito è trascurata dalla dottrina italiana: quella del fondamento giuridico della rappresentanza.

Il punto di partenza è assai facile. Si è già visto che tra i fatti giuridici, ossia tra quei fatti, a cui il diritto ricollega effetti giuridici, hanno una importanza grandissima, e starei per dire preponderante, i fatti umani volontari. Il diritto infatti attribuisce alla volontà umana rilevanza giu-

ridica, e ciò in vari modi, e sotto diverse forme. Può anzitutto il diritto prendere in considerazione principalmente il fatto materiale che è il prodotto di una azione umana volontaria, e quindi le modificazioni nel modo esteriore, che sono conseguenza dell'azione umana. (Per es: costruzione di una casa: piantagione, apertura di una via, fabbricazione di una merce, conseguenze queste perfettamente lecite ed approvate dal diritto, oppure la deteriorizzazione di una cosa o la lesione nella integrità fisica di una persona prodotta da un'altra persona, conseguenze queste illecite e vietate dal diritto). Può in secondo luogo, ed è questo il caso forse più importante, il diritto riconoscere efficacia alla volontà umana anche solo in quanto si afferma: in questo caso il diritto non prende in considerazione le modificazioni nel mondo esteriore che sono conseguenza dell'atto volontario, ma la determinazione di volontà in sè. È naturale che anche in questo caso la volontà si deve manifestare esteriormente, ma è questa una pura condizione necessaria, perchè l'atto volitivo possa essere conosciuto e dallo stato di intenzione passare a quello di azione, ma ciò che il diritto prende in considerazione non è la conseguenza degli atti di volontà, ma l'atto di volontà in sè. Nel primo caso il diritto ricollega conseguenze giuridiche al fatto esteriore in quanto è conseguenza di un atto volontario, nel secondo caso il di-

ritto ricollega conseguenze all'atto di volontà. Si ha così la contrapposizione già notata tra atti giuridici materiali leciti ed illeciti e dichiarazione di volontà.

Ma la volontà umana, sia che provochi una materiale modificazione nel mondo esteriore sia che si limiti ad affermarsi mediante dichiarazione, è sempre diretta a uno scopo. È stato già molto bene dallo Jellinek notato che non si può volere _simpliciter_, ma che si deve volere una qualche cosa.[1] Aggiungiamo noi, ciò avviene perchè l'uomo si determina sempre mediante motivi e nelle serie di motivi consci che determinano l'atto di volontà ve ne è sempre uno, che, in quanto lo si consideri come contenuto dell'atto di volontà, ne costituisce lo _scopo finale_ o _scopo_ semplicemente. Mentre dunque la causa è il motivo più prossimo che ha determinata la volontà, lo _scopo_ è il motivo primo o iniziale che ha provocato la serie dei movimenti psichici da cui l'atto di volontà è derivato e che costituisce lo scopo ultimo dell'atto di volontà.

Lo scopo finale a cui è diretto un atto di volontà è di regola un bene o interesse[2] della per

---

(1) _Jellineck_. _Teoria dei diritti pubblici subiettivi_. Trad. italiana. - Milano 1912 pag. 49.

(2) Bene, interessi, scopo sono concetti che sostanzialmente si equivalgono. _Bene_ è tutto ciò che può servire a sod

sona che compie l'azione. Ma può darsi altresì che lo scopo finale dell'azione non sia un interesse dell'agente, ma un interesse altrui. Ciò avviene assai spesso, perchè nella società umana è frequente il fenomeno della cooperazione, anzi può dirsi che appunto per la reciproca cooperazione fra gli uomini esiste la società. In questi casi vi è dunque una non coincidenza fra il destinatario dello scopo o soggetto dell'interesse e il soggetto della volontà.

Ora può darsi e si dà assai spesso che questa separazione rimanga occulta, cioè che lo scopo finale dell'azione, non esca dal mondo interiore e non si manifesti esteriormente nella azione. In questo caso il diritto non prende in considerazione lo scopo finale occulto ed ignoto, ma ha riguardo soltanto allo scopo palese, e poichè lo scopo palese è uno scopo del soggetto agente, considera l'azione come rivolta a realizzare un interesse dell'agente.

Ma può darsi altresì che la non coincidenza fra soggetto della volontà e destinatario dello scopo appaia esteriormente nell'azione. In questo caso questa separazione acquista rilevanza giuridica. Non è vero infatti quello che si dice comunemente,

---

disfare un bisogno dell'uomo; <u>interesse</u> è il bene in quanto lo si riferisce a un determinato soggetto e lo si considera come da questi riconosciuto; <u>scopo</u> è il bene o interesse in quanto è perseguito dalla volontà.

che il solo motivo prossimo dell'azione o causa sia preso in considerazione dal diritto e non gli altri motivi che l'hanno preceduta. O per meglio dire ciò è esatto solo riguardo al problema della validità delle dichiarazioni di volontà, perchè è vero che per giudicare della validità di una dichiarazione di volontà si ha riguardo solo al motivo prossimo o causa, ma se si ha riguardo invece al problema della destinazione degli effetti giuridici dell'azione umana e particolarmente delle dichiarazioni di volontà, allora entra in campo precisamente il motivo iniziale o scopo ultimo. Perchè è appunto lo scopo finale che determina il destinatario degli effetti giuridici dell'azione.

Infatti noi sappiamo che il diritto in senso obiettivo è essenzialmente garanzia di scopi o tutela di interessi e che, corrispondentemente, il diritto subbiettivo è appunto un interesse giuridicamente tutelato. Ciò significa che per determinare il vero destinatario dell'effetto giuridico e quindi il vero destinatario del diritto soggettivo, bisogna aver riguardo al destinatario dello scopo che si tratta di garantire, dell'interesse che si vuole tutelare. Il soggetto della volontà spiegata per conseguire lo scopo non è altrettanto importante, perchè, se è vero che occorre sempre un atto di volontà per realizzare uno scopo, è pure sempre possibile che lo scopo di un soggetto sia realizzato mediante un'azione di un altro soggetto.

Quando dunque la separazione fra sogget

to dell'azione e destinatario dello scopo appare esteriormente nell'azione, gli effetti giuridici dell'azione si producono nella persona del destinatario dello scopo: in altri termini il destinatario dello scopo diventa titolare dei rapporti giuridici che derivano dall'azione.

Rispetto a questo fenomeno della separazione tra autore dell'azione e destinatario dello scopo bisogna distinguere tra i fatti materiali e le dichiarazioni di volontà. E ciò non perchè il fenomeno sia sostanzialmente diverso nei due casi, ma perchè si comporta alquanto diversamente.

Quando si tratta di fatti materiali, gli effetti giuridici vantaggiosi (acquisto di diritto) o dannosi (responsabilità) che ne derivano secondo che sono leciti od illeciti, si ripercuotano nella persona del destinatario dello scopo ogni qualvolta l'autore dell'azione appare come autorizzato ad agire nell'interesse altrui. Occorre dunque il concorso di queste due condizioni, perchè l'effetto giuridico si produca nella persona del destinatario dello scopo: che vi sia l'autorizzazione di agire per altri, che questa autorizzazione sia nota ed appaia o dal modo stesso in cui l'azione si è manifestata o da altre circostanze estrinseche dell'azione. Si noti bene che non occorre l'autorizzazione specifica a compiere quell'azione, basta una autorizzazione generica ad agire. Questo spiega come chi costruisce o pianta o produce una merce nell'interesse di un altro, o, co

me si dice, per conto altrui, e in genere chi fa un'o pera materiale per un altro fa acquistare a questi la proprietà dell'opera. Questo spiega altresì come colui che commetta un fatto illecito, mentre agisce nell'in teresse altrui, renda il destinatario dello scopo nel conseguimento del quale fu commessa l'azione illecita, responsabile di questa (cov. civ. art. 1153 capov. 3°).

Quando si tratta di dichiarazioni di vo lontà, il fenomeno si presenta in modo alquanto più complesso. Anche qui, quando il dichiarante non è il destinatario dello scopo a cui la volontà si ri ferisce, gli effetti giuridici si riproducono nella per sona del destinatario. Anche qui occorre che il di chiarante sia autorizzato ad agire per altri e che questa autorizzazione appaia esteriormente. Ma si deve fare qui una differenza secondo il modo, con cui, e il fatto della destinazione estranea del la dichiarazione di volontà, e l'autorizzazione a com pierla devono apparire esteriormente.

A) In un primo gruppo di casi questo processo di esteriorizzazione è più rudimentale e non esce dalla cerchia delle persone direttamente inte ressate cioè del destinatario della volontà e del l'autore della dichiarazione. È in altri termi ni, una conoscenza puramente interna, che non

giunge fino ai terzi a cui la dichiarazione di volontà è rivolta.

B) Un secondo gruppo di casi si ha invece quando il processo di esteriorizzazione del rapporto per cui una persona agisce giuridicamente nell'interesse altrui è completo e giunge fino alla manifestazione ai terzi; è in questo secondo caso che si ha appunto la rappresentanza.

La rappresentanza dunque è uno dei casi di non coincidenza fra il soggetto dell'azione e il destinatario dello scopo a cui l'azione è rivolta, è quindi uno dei casi in cui l'azione di un soggetto produce effetti giuridici rispetto ad un altro soggetto. Lo stesso fenomeno, abbiamo veduto, si verifica anche rispetto ai fatti materiali, mentre la rappresentanza in senso proprio si ha solo nei negozi giuridici cioè nelle dichiarazioni di volontà. E anche nel campo delle dichiarazioni di volonta, la rappresentanza non è l'unico caso di separazione fra l'autore dell'azione e il destinatario dello scopo, ma è soltanto il caso più completo, quello in cui la separazione esce dai rapporti interni ed è fatta conoscere ai terzi a cui la dichiarazione di volontà è rivolta.

Chiamando col termine giuridico di organo, che vuol dire semplicemente strumento, colui il quale pone in essere una dichiarazione di volontà per uno scopo altrui noi possiamo dunque

distinguere due categorie di organi.

a) organi _puri_ e _semplici_ o anche organi _deliberativi_, che si hanno tutte le volte che il rapporto rimane puramente interno, cioè non è fatto conoscere ai terzi al momento della dichiarazione di volontà. A questa categoria di organi appartengono tutti i così detti organi deliberativi delle persone giuridiche (Camera, Senato, Consiglio comunale, Assemblea e Consiglio di amministrazione di una società anonima) e certe figure giuridiche del diritto privato, come per esempio il commissionario, che secondo il codice di commercio (art. 380-381) agisce in nome proprio, ma per conto altrui, il che significa che la separazione fra soggetto della dichiarazione di volontà e soggetto dello scopo è puramente interna.

b) Organi _rappresentativi_ o _rappresentanti_, che si hanno tutte le volte che il soggetto della dichiarazione di volontà agisce per uno scopo altrui e la separazione tra il soggetto della volontà e il destinatario dello scopo viene resa nota ai terzi, a cui la dichiarazione, è rivolta nella stessa dichiarazione in cui il rapporto di organi diventa esterno.

Concludendo, si può definire ora con maggior precisione la rappresentanza come quella situazione giuridica, per cui taluno pone in essere una dichiarazione di volontà per la realizzazio-

ne di uno scopo, il destinatario è un altro soggetto, in modo da fare conoscere ai terzi, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta, che egli agisce per un interesse altrui; con la conseguenza che tutti gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà si producono rispetto al soggetto nel cui interesse egli ha agito.

L'agire per uno scopo altrui si suole designare colla frase agire per conto degli altri e l'agire, facendo conoscere al terzo, a cui la dichiarazione di volontà è rivolta, che lo scopo dell'azione è la realizzazione di un interesse altrui, si designa colla espressione agire in nome altrui. Pertanto le caratteristiche della rappresentanza si possono brevemente riassumere in ciò, che la rappresentanza è agire in nome e nell'interesse di altri

Stabilito così il concetto e il fondamento giuridico della rappresentanza ci sarà relativamente facile il risolvere le varie questioni che in questa materia si sono agitate.

Sezione III^a. La rappresentanza e gli altri istituti affini.

Il primo gruppo di controversie concerne le differenze e i rapporti che corrono tra la rappresentanza e alcune figure giuridiche che possono facilmente essere confuse con essa, appun-

to perché appartengono, insieme alla rappresentanza, alla più generale categoria di casi, in cui un'azione di un soggetto è rivolta a realizzare uno scopo di cui è destinatario un altro soggetto.

A) E in primo luogo bisogna distinguere la rappresentanza da quei casi, in cui si ha semplicemente compimento di un fatto materiale per uno scopo altrui. In questi casi non si ha rappresentanza, <u>una prestazione d'opera.</u> La differenza fra la rappresentanza e la prestazione d'opera sta sostanzialmente in ciò, che nella prestazione d'opera s'agisce per altri, ponendo in essere un fatto materiale, mentre nella rappresentanza si pone in essere una dichiarazione di volontà. Quanto alla differenza fra il fatto materiale e la dichiarazione di volontà essa è stata già posta più innanzi e consiste principalmente in ciò che il fatto materiale è bensì un fatto volontario, ma in cui la legge considera sopratutto le modificazioni recate dalla volontà umana nel mondo esteriore e a <u>queste</u> ricollega effetti giuridici, mentre nelle dichiarazioni di volontà o negozi giuridici, la legge riconnette effetti alla manifestazione di volontà come tale.

Tutte le forme di prestazione d'opera vanno quindi distinte dalla rappresentanza e perciò tanto la prestazione d'opera a titolo gratuito, quanto la prestazione d'opera a titolo oneroso, che rappre-

senta il caso di gran lunga più importante e va sotto il nome di <u>locazione d'opera</u>.

Nella prestazione d'opera in genere e in specie nella locazione d'opera, chi agisce pone a disposizione altrui le sue attitudini alla produzione di un risultato utile a quest'ultimo. Quindi nella prestazione d'opera sono appunto queste attitudini (prestazioni di opere e in ispecie <u>locazione di opere</u>) o questo risultato (prestazione e in ispecie locazione <u>d'opera</u>) che costituiscono l'oggetto della prestazione. Invece nella rappresentanza, il rappresentante pone a disposizione altrui unicamente la propria attitudine a volere, vale a dire a formare, un atto di volontà. Bene è vero che è talora possibile che al rapporto di prestazione d'opera si unisca un rapporto di rappresentanza, e il caso è tutt'altro che raro giacchè si hanno esempi di abbinamenti di locazione d'opera e di rappresentanza, non solo nellá locazione di un'opera intellettuale, ma anche nelle locazioni di un'opera puramente manuale. Nella locazione d'opera intellettuale (che, si noti bene, va sempre distinta dalla rappresentanza, perchè nella locazione d'opera intellettuale il locatore pone a disposizione altrui le proprie facoltà intellettive, mentre nella rappresentanza il rappresentante pone a disposizione altrui la propria attitudine a <u>volere</u> e la <u>volontà</u> è una facoltà totalmente diversa dal-

l'intelligenza; nella locazione d'opera intellettuale, diciamo, si trova associato spesso il rapporto di rappresentanza: così il direttore di una società anonima è locatore d'opera con rappresentanza; il direttore della sede o succursale di una azienda è locatore d'opera con rappresentanza institoria. Ma anche nella locazione d'opera puramente manuale, dicemmo, si trova qualche volta abbinata la rappresentanza. Così i domestici hanno qualche volta una limitata rappresentanza dei loro padroni per le spese ordinarie e giornaliere delle famiglie.

E in base allo stesso criterio si deve distinguere il rappresentante dal nuncius, che è anche egli un prestatore d'opera. Il nuncius non è che un mezzo materiale di trasmissione di una dichiarazione di volontà; egli fa l'ufficio della lettera o del telegramma, e perciò il suo compito è semplicemente di prestare la sua attività materiale per la trasmissione della dichiarazione. Al contrario nella rappresentanza vi è sempre prestazione di una attività volitiva. E perciò si dirà che vi è rappresentante quando taluno presta altrui la sua attitudine a volere e quindi nel formare la dichiarazione di volontà ha un potere deliberante. Si ha invece semplice nuncius, quando taluno si pone a servigi altrui come veicolo di trasmissione della dichiarazione di volontà, e quindi pone a disposizione altrui soltanto la sua attitudine a compiere un'opera materiale

e non giuridica.

B) Anche più nettamente la rappresentanza si deve distinguere dal rapporto, per cui un fatto illecito compiuto da un soggetto produce responsabilità a carico di un altro soggetto. Anche qui si ha, è vero un fatto materiale dannoso, compiuto nell'applicazione di un'opera rivolta all'interesse altrui, ma non si può parlare di rappresentanza, anzitutto perchè il campo proprio della rappresentanza è quello delle dichiarazioni di volontà, e poi perchè nella rappresentanza occorre che il vero destinatario dello scopo, per cui la dichiarazione è emessa, sia fatto conoscere ai terzi a cui la dichiarazione è diretta, mentre evidentemente ciò non è possibile nella responsabilità per fatto altrui, in cui è sufficiente che il fatto illecito avvenga nella esplicazione dell'opera diretta a un interesse altrui.

C) Deve ancora la rappresentanza distinguersi da quel gruppo di casi ad essa assai più affine, in cui si ha in realtà prestazione di una attività volitiva rivolta ad uno scopo altrui, ma la separazione tra autore dell'atto di volontà e destinatario dello scopo non è fatta conoscere ai terzi, e rimane un rapporto interno noto unicamente alle parti. E in primo luogo deve la rappresentanza distinguersi dal rapporto che intercede fra le persone giuridiche e i propri organi deliberativi. Gli organi deliberativi delle persone

giuridiche non sono rappresentanti, perchè essi si limitano a formare e a concorrere con altri a formare la volontà dell'ente, ma non lo dichiarano ai terzi come volontà di questo. Così ad esempio i membri della Camera dei deputati e del Senato, sono organi, ma non rappresentanti dello Stato; i consiglieri d'amministrazione di società, che non hanno firma sociale, sono organi e non rappresentanti della società. Anche qui non si nega che vi sono casi, in cui all'organo spetta anche la rappresentanza: si parla allora di organi rappresentativi delle persone giuridiche, i quali si distinguono dai rappresentanti che non sono organi. Così è un organo rappresentativo dello Stato il Re; sono organi rappresentativi dello Stato i Ministri, è organo rappresentativo del Comune il Sindaco, sono organi rappresentativi delle società commerciali gli amministratori aventi la forma sociale.

D) È in base allo stesso criterio va fatta la distinzione così difficile e così disputata fra rappresentanza e mandato.

La dottrina, finora dominante, riteneva che la rappresentanza fosse un requisito essenziale del mandato: riteneva cioè che nel mandato fosse sempre inclusa la facoltà di rappresentare.

A questa conclusione la dottrina civilista era giunta per trovare una differenza fra mandato e locazione d'opera, la cui distinzione si presentiva difficile, dopochè il diritto moderno aveva distrutto il criterio distintivo del diritto romano, secondo cui l'elemento caratteristico del mandato era la gratuità, e aveva ammesso la possibilità di un mandato retribuito (cod. civ. articoli 1737-1739; codice di commercio articolo 349).

Ma questo preteso carattere distintivo non esiste. La rappresentanza non è affatto essenziale al mandato. Abbiamo visto e meglio vedremo in seguito, che può darsi rappresentanza senza mandato (es: rappresentanza connessa alla locazione d'opera), ma può darsi anche mandato senza rappresentanza. Infatti:

a) l'art 1737 codice civile, si limita a dire che nel mandato una persona si obbliga a compiere un affare per conto di un'altra, senza aggiungere che debba anche compierla in nome dell'altra, il che invece è essenziale nella rappresentanza.

b) l'art. 1744 fa espressamente l'ipotesi che il mandatario abbia agito in nome proprio, ed aggiunge che in questo caso l'affare concluso non passa direttamente al mandante, che vi rimane estraneo. È questo dunque un caso espressamente contemplato dalla legge di mandato sen-

za rappresentanza.

c) In diritto commerciale abbiamo, è vero, l'art. 349 cod. di comm. che definisce il mandato come avente per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto ed in nome del mandante, facendo credere così che del mandato commerciale sia requisito la rappresentanza. Ma altre disposizioni ci mostrano come non sia stata questa l'intenzione del legislatore; così ad es: gli art. 380-381 cod. di commercio, regolano un caso di mandato senza rappresentanza. Infatti il contratto di commissione non è che un mandato come dichiara l'art. 380, il quale stabilisce che tra committente e commissionario esistono gli stessi diritti e doveri come tra mandante e mandatario. Eppure questa forma di mandato esclude la rappresentanza perchè lo stesso articolo 380 dice che la commissione ha per oggetto la trattazione di affari commerciali per conto del committente, ma a nome del <u>commissionario</u>, e l'art. 381 aggiunge che il commissionario è obbligato direttamente verso la persona con la quale ha contratto, come se l'affare fosse suo. Il che dimostra evidentemente che la commissione è un mandato senza rappresentanza[1]. Dato invece il concetto più sopra esposto di rappre-

---

(1) Escluso che la rappresentanza sia l'elemento essenziale e caratteristico del mandato, la dottrina è stata

risospinta in alto mare circa la distinzione fra mandato e locazione d'opera. Si sono così moltiplicati i tentativi di distinzione. Lo Sraffa (Del mandato commerciale e della commissione nel Commentario al codice di commercio pag. 17 e seguenti), distingue il mandato dalla locazione d'opera, per ciò che il mandato ha per oggetto la trattazione di negozi giuridici, intesa la parola "trattazione" nel senso più ampio comprendente sia lo stadio preparatorio del negozio come la sua conclusione. Al contrario la locazione d'opera avrebbe per oggetto il compimento di atti materiali, per il raggiungimento dei quali è possibile che il locatore abbia la rappresentanza del conduttore. L'elemento della rappresentanza potrebbe così riscontrarsi, ma potrebbe anche mancare nel mandato, perchè si sarebbe mandato anche quando il mandatario fosse incaricato solo della preparazione e non della conclusione del negozio. Il carattere vero distintivo fra locazione d'opera e mandato sarebbe dunque questo, che nella locazione si ha compimento di atti giuridici, almeno preparatori. Questa dottrina dello Sraffa ha certo molti pregi e fra l'altro questo, di aver posto in luce che per darsi mandato basta che vi sia incarico di preparare il negozio giuridico, anche senza la facoltà di concluderlo, ma a questa dottrina si deve sempre fare il rimprovero di non essere abbastanza precisa

rimangono delineati molto nettamente. Tanto il

---

nel determinare in che cosa debba consistere questa pre-
parazione del negozio giuridico, la quale basta a ren-
dere mandato il contratto, giacchè vi sono casi di loca-
zione che hanno anch'essi per oggetto la preparazione
di negozi giuridici; così compiono atti preparatori di
negozi giuridici il mediatore, l'interprete, il commes-
so che tiene la corrispondenza, i quali sono tutti lo-
catori d'opera.

Un progresso ulteriore segna la dottrina
del Vivante (Trattato di Diritto commerciale, quarta
edizione I num. 254), il quale dice che la differenza
fra mandato e locazione d'opera sta in ciò che il man-
datario ha sempre la facoltà di prendere una delibe-
razione intorno al negozio giuridico del principale,
mentre la conclusione ulteriore del negozio può es-
sere affidata al mandatario; ma può anche non es-
serlo. Il locatore d'opera invece non delibera, ma
trova la deliberazione già bella e presa dal prin-
cipale e la eseguisce. Quindi il mandatario delibera
la conclusione del negozio, il rappresentante lo conclu-
de, il locatore d'opera lo eseguisce con opere materia-
li. Notevoli sono i meriti di questa dottrina. Il Vi-
vante ha inteso perfettamente che il mandatario po-
ne a disposizione del mandante la propria attitu-
dine a volere giuridicamente, mentre il locatore
d'opera pone a disposizione del conduttore la pro-

mandato quanto la rappresentanza fanno parte della più ampia categoria di casi in cui taluno pone a disposizione altrui la propria facoltà di volere per porre un negozio giuridico. Ma mentre il mandato ci presenta un caso nel quale la distinzione tra il soggetto della dichiarazione di volontà e

---

pria attività materiale e intellettuale, senza intervenire personalmente nella costituzione del negozio giuridico. Il Vivante ha poi notato benissimo la diversità tra la cooperazione giuridica del mandatario e quella del rappresentante, cioè che mentre il mandatario si limita a volere per il mandante, il rappresentante conclude addirittura il negozio per il rappresentato.

Tuttavia anche questa dottrina del Vivante non può soddisfare completamente. Non è esatto il dire che il mandatario delibera e il rappresentante conclude perchè anche il rappresentante delibera.

Se il rappresentante non avesse anche il potere di deliberare, esso non sarebbe più un rappresentante, ma un semplice nuncius. Inoltre è troppo ristretta la concezione che del locatore d'opera ha il Vivante come un esecutore del negozio giuridico, mentre il locatore d'opera, che pone a disposizione del conduttore la propria attività, manuale o intellettuale, può tanto eseguire un negozio giuridico, quanto servire ad altri scopi del principale. Per es: costruire un

il destinatario dello scopo, a cui la dichiarazione è rivolta, rimane un rapporto interno, che non vien fatto dal dichiarante conoscere ai terzi, al contrario nella rappresentanza abbiamo il caso, anzi il caso tipico, della separazione fatta conoscere ai terzi nella dichiarazione della volontà. Quindi mentre il mandatario rimane organo degli interessi del mandante nei rapporti puramente interni, il rappresentante si manifesta ai terzi in questa sua qualità nella dichiarazione. E quindi il mandatario delibera il negozio nell'interesse del mandante, ma lo conclude di fronte ai terzi come proprio, mentre il rappresentante lo delibera e lo conclude come altrui. Tutto ciò si traduce molto semplicemente nella formula: il mandatario agisce per conto altrui, ma in nome proprio; il rappresentante agisce per conto ed in nome altrui.

Si intende che la rappresentanza può essere abbinata al mandato. Dal punto di vista del rapporto coi terzi la rappresentanza assorbe il mandato, in questo senso che la facoltà di agire in nome e per conto altrui sostituisce la facoltà di agire semplicemente per conto altrui; ma nei rapporti interni il mandato permane e regola i rapporti tra rappresentante e rappresentato che restano ri-

edificio, difendere una causa, curare una malattia.

spettivamente mandatario e mandante.

In tal modo anche il problema della distinzione tra mandato e locazione d'opera è risolto. E precisamente fra locazione d'opera e mandato vi sono differenze analoghe a quelle fra locazione di opera e rappresentanza. Infatti mentre la locazione d'opera appartiene a quel gruppo di casi in cui chi agisce per altri pone a disposizione di questi non le proprie attitudini a volere, ma la propria opera manuale o intellettuale, il mandato appartiene al secondo gruppo di casi, a cui appartiene anche la rappresentanza, in cui chi agisce per altri pone a disposizione altrui la propria attitudine a volere, e quindi compie per altri non un'opera materiale, ma un negozio giuridico, cioè una dichiarazione di volontà.

Sezione IV^a

Presupposti della rappresentanza.

Vediamo anzitutto quali sono i presupposti della rappresentanza, vale a dire le condizioni necessarie affinchè una dichiarazione di volontà sia posta in essere da una persona per conto e in nome di un'altra. Queste condizioni sono sostanzialmente tre:

A) In primo luogo la facoltà di rappresentare. Questa facoltà può derivare da due fonti, vale a dire da una situazione di fatto indipenden

te dalla volontà del rappresentato (rappresentanza legale) e da una dichiarazione di volontà del rappresentato (rappresentanza volontaria).

La rappresentanza legale è sempre connessa a una determinata qualità rivestita dal rappresentante, o a una determinata situazione giuridica in cui egli si trova. Rappresentanti legali sono il genitore esercente la patria potestà (cod. civ. art. 224 e 231); il tutore o protutore (cod. civ. art. 266, 277, 1303); i curatori speciali e cioè: curatore al ventre (art. 236), curatore dell'art. 233, curatore dell'art. 327 ultimo capoverso cod. civ. e codice procedura civile 839 capoverso; curatore speciale testamentario nel caso dell'art. 247; immesso nel possesso dei beni dell'assente (art. 28, 29); erede con beneficio d'inventario (art. 955); curatore dell'eredità giacente (art. 982, 983 cod. civ. e art. 898, 875, 876, 877, cod. proc. civ.); curatore nel fallimento; negotiorum gestor nel caso della così detta gestione rappresentativa (art. 1144 cod. civile).

Si ha invece la rappresentanza volontaria quando taluno con una sua dichiarazione di volontà dà facoltà ad altri di agire in nome e per conto suo. La dichiarazione di volontà con cui si costituisce un rappresentante è un negozio giuridico autonomo e precisamente un negozio giuridico unilaterale. Esso implica solamente il conferimento della facoltà di rappresentare, e quindi regola solamente il lato esterno

del rapporto tra rappresentante e rappresentato, ossia il lato che riguarda i terzi. Il lato interno, cioè i diritti e gli obblighi reciproci fra rappresentante e rappresentato restano fuori di questione. Essi sono regolati da un altro negozio giuridico che può essere un mandato, una locazione d'opera, un contratto di società, un deposito bancario (in cui la banca depositaria ha obbligo di eseguire i pagamenti in nome del depositante, quando egli ordini ciò mediante chèques). In breve può dirsi che a qualunque negozio giuridico può essere unita una dichiarazione di volontà costitutiva di rappresentanza; è naturale pertanto che i rapporti interni saranno regolati a stregua di questo negozio.

Non esiste nel nostro linguaggio giuridico un termine preciso per indicare un negozio giuridico unilaterale costitutivo della rappresentanza. Ciò è dipeso dal fatto che la natura autonoma di questo negozio è stata per lungo tempo disconosciuta e lo si è confuso coi vari negozi giuridici a cui va solitamente connesso (è però concepibile anche un negozio costitutivo di rappresentanza isolato) e specialmente col mandato. È dunque frequente l'uso della espressione « mandato » per designare il negozio costitutivo della rappresentanza; anzi nel nostro linguaggio legislativo questa confusione è normale.

Per evitare confusioni noi designeremo

il negozio costitutivo della rappresentanza col nome di <u>procura o conferimento di poteri</u>.[1]

La procura è dunque un negozio autonomo, il quale come non va confuso cogli svariati negozi a cui può essere eventualmente connessa, così non deve essere confusa coi negozi che il rappresentante può compiere in virtù della procura. Questi negozi sono da distinguersi dalla procura, sebbene dipendano da quello, ma nel senso solo che la procura ne rappresenta il presup-

---

[1] Il termine procura è proposto dal <u>Nattini</u> nel suo libro recente <u>La dottrina generale della procura</u>. Milano 1910 pag. 4 e segg. Avvertiamo però che il Nattini chiama procura così il negozio costitutivo della rappresentanza come la rappresentanza che da questo negozio deriva. Procura sarebbe dunque per lui anche la rappresentanza volontaria in contrapposto alla rappresentanza legale. Noi accettiamo la denominazione di procura per il negozio costitutivo della rappresentanza, ma non riteniamo opportuno e meno che mai necessario il dare una denominazione uguale alla rappresentanza che ne deriva, giacchè questa denominazione particolare potrebbe far nascere la opinione erronea che la rappresentanza derivante da procura sia sostanzialmente diversa dalla rappresentanza legale, mentre ciò non è.

posto; i vari negozi invece posti in essere dal rappresentante, che si sogliono chiamare negozi rappresentativi, sono e rimangono essenzialmente dichiarazioni di volontà del rappresentante, come abbiamo veduto quando si è parlato del fondamento della rappresentanza. Se infatti nella rappresentanza si ha un caso di scissione fra l'autore dell'atto di volontà e il destinatario dello scopo, è chiaro che la dichiarazione di volontà del rappresentante è dichiarazione della sua volontà. Questa distinzione fra procura e negozio rappresentativo è interessante sotto vari aspetti.

Anzitutto riguardo alla forma che deve rivestire la procura. Una opinione assai diffusa ritiene che la procura con cui si dà facoltà di compiere un negozio formale, debba essere conferita con quelle stesse forme, che sono prescritte per il negozio, che il rappresentante deve compiere. Ma evidentemente questa opinione si basa sulla confusione fra la procura e il negozio rappresentativo. Se invece si ammette che si tratta di veri distinti negozi giuridici, e che il negozio rappresentativo contiene unicamente una dichiarazione di volontà del rappresentante, è evidente che non si può estendere alla procura quell'obbligo di una forma determinata, che la legge prescrive per il negozio rappresentativo.[1] Ed è strano che uno scrittore co-

[1] La questione si dibatte particolarmente per il contratto

me il Nattini, il quale afferma pure energicamente la distinzione fra procura e negozio rappresentativo, voglia poi estendere alla procura le formalità prescritte dalla legge per il negozio rappresentativo, almeno rispetto agli atti enumerati dall'art. 1314 per la ragione che l'effetto del negozio rappresentativo, cioè il trasferimento della proprietà dell'immobile al rappresentato, dipende appunto dalla procura. In tal modo il Nattini distrugge l'autonomia della procura e la rende, non più soltanto un _presupposto della ripercussione nel rappresentato_ degli effetti giuridici del negozio rappresentativo, ma addirittura un elemento del negozio rappresentativo.

La verità è invece che il negozio rappresentativo sta a sè e che pertanto non si possono estendere alla procura le disposizioni scritte per il negozio rappresentativo in materia di forma, senza violare quel principio fondamentale, su cui abbiamo più volte insistito ed è così spesso dimenticato, che la regola generale nel diritto moderno è la libertà delle forme e che perciò le norme giuridiche le quali prescrivono una determinata forma sono di stretta interpretazione e non si possono estendere

---

di trasferimento della proprietà sopra gli immobili di cui l'art. 1314 cod. civ; vedi le citazioni di dottrina e di giurisprudenza nel Nattini. _La dottrina della procura_ pag. 170 e segg.

per analogia.

Un'altra conseguenza che deriva dalla distinzione fra la procura ed il negozio rappresentativo è che si deve aver riguardo alla volontà del rappresentante per decidere sia della validità del negozio giuridico, sia della buona o della mala fede, della scienza, o dell'ignoranza nel compimento del negozio stesso. Quindi se la volontà del rappresentante fu viziata da errori, da dolo o da violenza, il negozio giuridico è annullabile, benchè il rappresentato abbia voluto quel negozio che il rappresentante non volle. Così è decisiva la scienza o l'ignoranza del rappresentante, non quella del rappresentato, per determinare la conoscenza dei vizi della cosa comprata e quindi l'ammissibilità della redibitoria per stabilire l'esistenza del consilium fraudis nella revoca degli atti fraudolenti; si avrà riguardo alla buona o mala fede del rappresentante per determinare l'esistenza della buona fede nel possesso ecc. In ultimo la distinzione fra procura e negozio rappresentativo conduce alla conseguenza che il contratto conchiuso dal rappresentante è un contratto fra presenti, benchè il rappresentato sia lontano, e quindi va regolato con le norme di contratti fra presenti.

Può darsi che taluno si arroghi una facoltà di rappresentare che non gli fu conferita o che gli è cessata; e manchi quindi il presupposto della

rappresentanza. Si ha allora un rappresentante apparente (falsus procurator). In tal caso il negozio compiuto dal preteso rappresentante è completamente invalido. Infatti non può produrre effetti come negozio rappresentativo mancando la rappresentanza; non può produrre effetti come negozio proprio del preteso rappresentante, perchè compiuto da questi non in nome e per conto proprio, cioè non per sè, ma per altri. Rimane certo l'obbligo del rappresentante apparente di risarcire i danni, e questo obbligo consisterà appunto nel procurare al terzo tutti i vantaggi che gli sarebbero derivati dal negozio, ma ciò è ben differente dalla validità del negozio stesso.

Rispetto invece al preteso rappresentato si può dubitare se egli possa ratificare il negozio e farlo proprio. La risposta affermativa non ci pare dubbia, per quanto si tratti qui di un negozio non semplicemente annullabile, cioè nullo di nullità relativa, posta a favore di una determinata persona e che solo da questa può essere fatta valere, ma di una nullità assoluta, perchè la inefficacia del negozio compiuta dal <u>falsus procurator</u> vale di fronte a tutti e non già di fronte al solo rappresentato. Ma questa nullità avrà solo per conseguenza che la convalidazione del negozio non

potrà aver luogo mediante rinuncia del preteso rappresentato a fare valere la nullità, ma occorrerà invece che egli faccia proprio il negozio, accettando il fatto compiuto. Si avrà in sostanza non già la consueta forma di ratifica, vale a dire la ratifica - rinuncia, ma una forma più complessa di ratifica, in cui il rappresentato compie veramente un conferimento posteriore di poteri e dà a questo conferimento un effetto retroattivo (ratifica accettazione.

Invece non crediamo che sia possibile considerare il preteso rappresentante come un intermediario tra il terzo e il preteso rappresentato e trattare il negozio conchiuso come una offerta rivolta dal terzo al preteso rappresentato a mezzo del preteso rappresentante.[1] Qui non vi ha offerta, ma negozio già conchiuso, per quanto nullo. Si può perciò parlare di convalidazione successiva alla nullità, ma non di perfezione del negozio, perchè un negozio già formato, non si può considerare come una offerta unilaterale. Si può solo dubitare se l'accettazione del preteso rappresentato sia sufficiente a convalidare il negozio: noi propendiamo per la risposta affermativa e riteniamo la ratifica accettazione un negozio unilaterale, ta-

---

(1) Così sembra che faccia il Vivante, Trattato I n. 270 nota 40, applicando l'art. 30 cod. di comm.

le e quale come la procura, anche quando si riferisca a un <u>contratto</u> conchiuso dal preteso rappresentante. Solo poiché la nullità del negozio rappresentativo non è sanata fino all'accettazione, potrà sempre il terzo, se venga a conoscenza della nullità del negozio, farla valere e impedire la ratifica. Ma questo disconoscimento del terzo non è già la revoca di una offerta contrattuale, ma è un modo di fare valere la nullità del negozio.

B) Occorre in secondo luogo, perché vi sia la rappresentanza, la cosidetta <u>contemplatio domini</u>: occorre cioè, come si è visto, che sia completo il processo di esteriorizzazione della non coincidenza tra il soggetto della volontà e il destinatario dello scopo, e occorre pertanto che il rappresentante, nella stessa dichiarazione di volontà, faccia intendere al terzo a cui la dichiarazione è rivolta, che egli agisce per uno scopo altrui o come si dice comunemente, occorre che egli agisca in <u>nome</u> del rappresentato. Il terzo deve dunque sapere che egli entra in rapporti giuridici col rappresentato e non col rappresentante e lo deve sapere al momento in cui la dichiarazione di volontà è emanata. Se il rappresentante non agisce in nome del rappresentato, l'effetto specifico della rappresentanza vien meno, e si avrà un caso di esteriorizzazione imperfetta del rapporto di organo e gli effetti della separazione fra

l'autore della dichiarazione della volontà e il destinatario dello scopo rimarranno puramente interni. In altri termini, gli effetti giuridici della dichiarazione di volontà si produranno rispetto al rappresentante e non rispetto al rappresentato.

C) Infine è necessario che il rappresentante agisca entro i limiti della rappresentanza conferitagli. I limiti della rappresentanza sono stabiliti dalla legge o dalla procura. Spetta ai terzi, a cui la dichiarazione è rivolta, nei casi in cui la loro volontà è richiesta per la perfezione del negozio, di informarsi dei limiti della rappresentanza, e quando questa dipende da una procura, dal contenuto della procura. Se la procura è stata data per iscritto, ed esiste quindi un documento di procura, il terzo ha certamente facoltà di farselo esibire e il rappresentante è obbligato a dagliene comunicazione (cod. di comm. art. 359). La procura, comunque formata, determina rigorosamente i limiti della rappresentanza: questi limiti non si possono oltrepassare, anche quando il negozio da concludere appaia più vantaggioso di quello autorizzato. Per es: se il rappresentante fu incaricato di comperare a contanti, non sarà efficacie, nei rapporti col rappresentato, una vendita a credito.

Può darsi che il rappresentante ecceda i suoi poteri. In questo caso, in quanto li ha ecceduti

ti, il negozio rappresentativo non produce effetti nei riguardi del rappresentato. Tuttavia si deve fare una distinzione tra il rappresentante che eccede i suoi poteri e il rappresentante apparente. La differenza non consiste già, come si afferma di solito[1] in ciò che nel caso del rappresentante che eccede i poteri è ammessa la ratifica, mentre non lo è nel caso del rappresentante apparente, perchè, come abbiamo veduto, la ratifica intesa come ratifica-accettazione, è ammessa anche nel caso del falso rappresentante. E anche nel caso del rappresentante che eccede i poteri, la ratifica ammessa è la ratifica-accettazione, perchè il negozio concluso fuori dei limiti della rappresentanza è nullo al pari di quello concluso dal non rappresentante, e non può essere convalidato che con una accettazione posteriore.

La differenza sta invece unicamente nella misura della responsabilità del rappresentante verso il terzo. Il rappresentante è sempre responsabile dei danni, perchè la colpa eventuale del terzo, che ha partecipato all'atto, dipendente dal non essersi egli accertato dell'esistenza della facoltà di rappresentare, non esclude mai la colpa del rappresentante apparente. Questi è in colpa appunto perchè si è fatto credere quello che non era. Invece il rappresentante che eccede i suoi

---

(1) Vivante I num. 269 e segg.

poteri, non è sempre responsabile, perchè qui la colpa non è insita in re ipsa, ma occorre dimostrarla. E nel dimostrare la colpa bisogna tener sempre presente che il terzo, che partecipa all'atto ha anch'egli obbligo d'informarsi dei limiti dei poteri del rappresentante, di modo che accadrà non di rado che vi sia fra la colpa dell'uno e quella dell'altro una compensazione.

Sezione Vª

Forme speciali di rappresentanza commerciale.

Delineata in tal modo, a larghi tratti, la teoria generale della rappresentanza, così interessante per il diritto commerciale, perchè appunto in materia commerciale la rappresentanza trova le sue più larghe e frequenti applicazioni, diciamo ora di alcune forme speciale, che la rappresentanza assume in materia commerciale.

Rappresentanza degli istitori o rappresentanza istitoria cod. di comm. art. 367-376). È institore colui che esercita il commercio in nome e per conto altrui (cod. di comm. art. 367). La figura dell'institore risulta da due elementi. Risulta, in primo luogo, dalla stabilità del rapporto che lo lega al principale: risulta in secondo luogo, dalla natura particolare della rappresentanza, di cui è investito:

a) Il rapporto interno, che lega l'institore

al principale, è di regola una locazione d'opera. L'institore pone stabilmente a disposizione altrui la propria attività materiale e intellettuale per l'esercizio del commercio che gli è affidato. Diciamo che il contratto in virtù del quale, l'institore si obbliga a esercitare il commercio per conto del principale, è un contratto di locazione d'opera, perchè la direzione di una azienda commerciale è compito di tanta importanza e di tanta durata da richiedere effettivamente l'impiego di lavoro materiale e intellettuale e non semplicemente della attitudine a volere. Per questa ragione noi escludiamo che si abbia qui un mandato, giacchè il mandato, avendo per oggetto la esplicazione delle facoltà volitive del mandatario, è sempre di necessità un contratto che impegna in modo limitato il mandatario e non implica mai l'assorbimento durevole e intenso della sua attività a favore del mandante. Perciò si può considerare mandatario chi si pone a disposizione altrui per la conclusione di uno o di pochi negozi giuridici: si può considerare mandatario, in un certo senso, il consigliere d'amministrazione di una società, che assiste di tanto in tanto alle riunioni di un consiglio, ma non è mandatario chi pone a disposizione altrui tutta o in gran parte la sua attività in modo continuativo. Egli è che è proprio praticamente inconcepibile che si ponga a disposizione di altri solo la propria attività volitiva in modo permanente: se ciò avvie-

ne significa che, oltre all'attività volitiva, si impiega anche l'opera intellettuale e materiale, che è sempre necessaria quando si tratta di preparare una serie notevole e coordinata di negozi.(1)

Il contratto dunque che lega al principale l'institore è un contratto di locazione d'opera e non un mandato ed è precisamente un contratto per cui l'institore si obbliga a esercitare il commercio per conto del principale in modo stabile, contro una mercede che può essere pattuita nei più svariati modi. Di solito all'institore è dato uno stipendio ed una provvigione, cioè una percentuale sul valore degli affari conchiusi. Qualche volta anche all'institore è data una partecipazione agli utili.

b) Ma l'institore non è solo locatore d'opera, esso è anche (e in taluni casi può essere soltanto)

---

(1) Questa differenza fra mandato e locazione d'opera, risultante dalla distinzione già da noi posta, spiega perchè di solito il mandato sia gratuito e perchè il diritto romano abbia considerato la gratuità come elemento essenziale del mandato. Se quando si presta per altri la propria attività volitiva soltanto, questa prestazione è di necessità isolata e frammentaria, si capisce, come spesso la prestazione di una attività simile sia fatta senza corrispettivo.

un rappresentante. La rappresentanza dell'institore deriva da una procura connessa al contratto di locazione d'opera. Solo eccezionalmente può darsi che la rappresentanza institoria non derivi da una procura, ma sia una rappresentanza legale: per es: il genitore esercente la patria potestà o il tutore, quando siano autorizzati a esercitare il commercio per conto del minore (art. 12 cod. di commercio) assumono la figura giuridica di institori, sebbene la loro rappresentanza derivi dalla loro qualità giuridica di genitore o di tutore e non da una procura. Ad ogni modo, salvi questi casi (sulla cui assimilazione alla rappresentanza institoria sarebbero da fare riserve) in tutti gli altri la rappresentanza dell'institore deriva sempre da una procura connessa a un contratto di locazione d'opera.

Come rappresentante, la figura giuridica dell'institore è affatto particolare. Egli è un <u>rappresentante generale</u>. O in altri termini, la rappresentanza dell'institore ha una particolare ampiezza dovuta alla natura stessa dell'incarico che gli è conferito. Se egli ha l'incarico di esercitare il commercio per conto del suo principale, è naturale che sia autorizzato a compiere tutti gli atti che sono necessari per l'esercizio del commercio, e che quindi la sua rappresentanza si estenda a tutti

atti che occorrono per l'esercizio del commercio a cui è preposto.

L'ampiezza dunque della rappresentanza, ossia del lato esterno della figura dell'institore, è una conseguenza dell'ampiezza e della stabilità dell'ufficio, che gli è conferito, è cioè un riflesso necessario della natura del rapporto interno che lo lega al principale.

Ci occuperemo qui soltanto di quello che si suol chiamare il lato esterno del rapporto ossia dell'institore come rappresentante, e non del lato interno, cioè dell'institore come locatore d'opera nei suoi rapporti d'opera col principale.

La procura, che conferisce all'institore la facoltà di rappresentare, può risultare da un atto pubblicato a termini dell'art. 369, vale a dire da un atto depositato nella cancelleria del tribunale, nella cui giurisdizione l'institore deve esercitare il suo ufficio; trascritto nel registro a ciò destinato, affisso secondo le disposizioni dell'art. 9 cod. di commercio, e pubblicato nel giornale degli annunzi giudiziari. Questa forma di procura pubblica è dalla legge chiamata, non esattamente, mandato espresso.

Può invece la procura non essere pubblicata. Si ha allora quello che il codice, sempre poco esattamente, chiama mandato tacito, mentre la procura può anche in questo caso non essere affatto tacita, ma risultare perfino da atto scritto.

La differenza tra la procura pubblicata e quella non pubblicata, sta in ciò che nella procura pubblicata la legge consente di limitare la rappresentanza dell'institore, mentre nella procura non pubblicata, non è consentita alcuna limitazione; o per meglio dire le limitazioni non possono essere esposte ai terzi se il preponente non prova che i terzi la conoscevano (cod. di comm. art. 368 e 370).

Sorge qui la questione delle limitazioni che possono essere esposte alla procura pubblicata. È evidente che non qualunque limitazione può essere apposta, altrimenti si verrebbe a snaturare la figura dell'institore, che deve essere sempre un rappresentante generale.

Si sono qui manifestate due opinioni.

Il Vivante si rimette semplicemente all'apprezzamento del giudice, e dice che non si può fissare con una regola generale il limite delle restrizioni oltre il quale la rappresentanza perde il grado di preposizione institoria, per passare in una figura più modesta e non vincolata ai doveri legali dell'institore.(1)

Lo Sraffa dice invece che il minimum dei poteri dell'institore, risulta da un confronto fra gli art. 368 e 370. L'art. 368, posto prima del 369, in cui è fatta distinzione fra rappresentanza conferita

---

(1) Vivante. Trattato I num. 263.

pubblicamente o tacitamente, e che perciò deve ritenersi regolare tutte e due le forme di rappresentanza, dice che la rappresentanza dell'institore si estende a tutti gli atti compresi <u>entro i limiti</u> del commercio a cui è preposto. L'art. 370 invece, che si riferisce unicamente alla procura non pubblicata, dice che la rappresentanza non pubblicata si reputa generale e comprende tutti gli atti <u>appartenenti e necessari</u> all'esercizio del commercio a cui l'institore è preposto. Di qui la distinzione fra gli <u>atti appartenenti</u> e gli <u>atti necessari</u> all'esercizio del commercio: secondo l'art. 368 ogni procura institoria pubblicata e non pubblicata, dovrebbe contenere almeno la facoltà a fare gli atti appartenenti, cioè costitutivi del commercio, mentre se la procura non è pubblicata essa si presume generale e comprende tutti gli atti non solo appartenenti, ma anche necessari all'esercizio del commercio. Il minimum dunque di facoltà che la procura deve contenere e che quindi deve esistere anche nella procura pubblica riguarda il compimento di tutti gli atti appartenenti al commercio o costitutivi del commercio.[1]

Noi non possiamo accettare nè l'una nè l'altra soluzione.

Non la soluzione del Vivante, che non ri-

---

(1) Vedi <u>Graffa</u> <u>Del mandato commercio e della Commissione</u> pag. 84 e segg.

solve la questione, perchè non basta rimettersi all'apprezzamento del giudice, ma bisogna dare al giudice un criterio per distinguere la rappresentanza institoria dalle altre. Neppure la soluzione dello Sraffa, perchè è strano che la limitazione si ammetta proprio per gli atti necessari, mentre, evidentemente, sono appunto gli atti necessari all'esercizio del commercio che ne formano l'elemento costitutivo, e senza di essi l'esercizio del commercio non è concepibile.

Noi crediamo che bisogna appunto distinguere gli atti costitutivi del commercio, da quegli atti accessori, che però si riferiscono all'esercizio del commercio. Questa distinzione risulta chiara già dall'art. 370. Quando questo articolo dice che la procura non pubblicata si presume generale, e comprende tutti gli atti appartenenti e necessari all'esercizio del commercio, esso enumera tutti gli atti che possono comunque riferirsi al commercio, cioè tanto gli atti costitutivi, senza i quali il commercio non è concepibile, che sono gli <u>atti necessari</u>, quanto gli atti, che pure non essendo indispensabili, si riferiscono pur tuttavia al commercio, stanno nei limiti del commercio, e che sono appunto gli atti appartenenti al commercio. È logico pertanto supporre che la procura pubblicata, invece, la quale può non essere così generale, possa restringere la facoltà dell'institore ai soli atti costitutivi del commercio, cioè proprio a quelli neces

sari, escludendo gli atti connessi che stanno bensì entro i limiti del commercio, ma non sono indispensabili al suo esercizio. O, in altri termini, il minimum di facoltà che deve aver l'institore è qui, come sempre, rappresentato dall'indispensabile, da quelle facoltà senza le quali l'esercizio del commercio sarebbe impossibile.

Se dunque l'art. 370 può fornire un indizio circa il minimum di facoltà che deve contenere la procura institoria e quindi delle possibili limitazioni concesse al preponente, la soluzione del problema non si può trovare che nella natura stessa della procura institoria. Se la procura institoria, è data per rendere possibile l'esercizio del commercio ed è connessa ad un contratto che contiene appunto l'incarico di esercitare permanentemente il commercio per conto del principale, è evidente che essa deve contenere almeno la facoltà di compiere quegli atti che sono necessari all'esercizio del commercio, senza bisogno di continue autorizzazioni speciali, che potrebbero anche essere negate, e che in ogni modo rappresenterebbero un intralcio nella esecuzione del contratto.

Come dunque il rapporto interno di locazione d'opera determina la concessione della procura, così è dalla natura del suo oggetto che si deve desumere l'estensione della procura. L'errore, a mio avviso, di coloro che si sono occupati di que-

sta materia, è stato quello di isolare completamente il rapporto esterno di rappresentanza dal rapporto interno di locazione d'opera, a cui esso invece, nella realtà della vita, è sempre connesso.

Quanto all'art. 368, da esso non si può desumere nulla circa le possibili limitazioni della procura pubblica: appunto perchè esso riguarda la procura institoria in generale e non l'una e non l'altra forma di procura in particolare, ci presenta l'ipotesi normale di procura non limitata, e non quella eccezionale di procura limitata. E usa pertanto una forma che corrisponde perfettamente a quella dell'art. 370 e non è affatto diversa. Dire infatti che la rappresentanza si estende a tutti gli atti compiuti dall'institore entro i limiti del commercio, è precisamente lo stesso del dire che essa comprende tutti gli atti necessari e appartenenti al commercio.

In conclusione, la procura institoria è una procura essenzialmente generale che <u>può</u> comprendere tutti gli atti comunque appartenenti al commercio, a cui l'institore è preposto, ma che deve comprendere <u>almeno</u> gli atti necessari all'esercizio di questo commercio.

Anche però nella sua forma più ampia la procura institoria conferisce dei poteri che non sono illimitati. Un limite massimo vi è sempre come vi è un limite minimo, e il limite massimo

sta appunto in ciò che l'institore non può fare atti estranei all'esercizio del commercio, a cui è preposto, quindi:

a) l'institore non può fare quegli atti che sarebbero in contraddizione con l'esercizio del commercio, che gli fu affidato; per ciò non può alienare, nè liquidare l'azienda, né mutarne la ditta, l'oggetto o il domicilio.

b) l'institore può esercitare il commercio della azienda cui fu proposto, non già creare o alimentare, coi capitali affidatigli altra azienda, perchè ciò è contrario all'incarico affidatogli.

Il carattere peculiare della rappresentanza institoria, di essere cioè una rappresentanza essenzialmente generale, si manifesta anche in un'altra direzione, in quanto cioè per disposizione di legge (art. 375 cod. di comm.) alla rappresentanza di diritto materiale è sempre connessa la rappresentanza di diritto processuale: vale a dire l'institore può sempre promuovere azioni ed essere convenuto in giudizio in nome del preponente, per i rapporti giuridici dipendenti dagli atti da lui intrapesi nell'esercizio del commercio, al quale è preposto. (Vedi anche cod. di comm. art. 872) Questa rappresentanza giudiziale è per legge connessa alla rappresentanza nei negozi giuridici: il conferimento della rappresentanza institoria dà luogo per disposto di legge al conferimento di questa rappresentanza giudiziale. La quale ha tutto l'aspetto di una rappresentanza non vo-

lontaria, ma legale. E che si tratti di una rappresentanza legale, di una situazione di fatto a cui la legge riconnette questo effetto giuridico e non già di una estensione presuntiva della rappresentanza volontaria, lo dimostra il fatto che quella rappresentanza giudiziaria comprende, nell'interesse di terzi, tutte le azioni qualunque sia il rapporto giuridico da cui derivano, quindi non solo le azioni derivanti da negozi giuridici posti in essere dall'institore, ma anche quelli dipendenti da fatti illeciti dell'institore. Il che dimostra che non può trattarsi di una estensione presuntiva della procura institoria, la quale evidentemente riguarda i negozi giuridici, compiuti dall'institore, ma non anche i suoi fatti illeciti.

Ciò posto noi riteniamo che questa rappresentanza non possa essere nè ristretta nè esclusa dal preponente neppure nella procura pubblicata. Essa infatti non dipende dalla volontà del rappresentante, ma dalla legge che l'ha stabilita a garanzia dei terzi. Nè si dica che i terzi vengono così ad essere avvertiti delle limitazioni e non possono lagnarsi, perchè i terzi possono esercitare azioni che non dipendono affatto da rapporti volontari da essi costituiti con l'institore.

Come contrapposto all'ampiezza e generalità della rappresentanza institoria, stanno i particolari

obblighi e le particolari responsabilità dell'institore.

L'institore, benchè eserciti il commercio, non è un commerciante, perchè esercita il commercio in nome altrui e tutti gli effetti giuridici dei suoi atti, si ripercuotono nella persona del principale. Tuttavia egli ha molti degli obblighi che spettano al commerciante, e che si riferiscono, nel caso suo, alla persona del principale.

Quindi:

1º) l'institore deve provvedere all'adempimento delle formalità richieste dalla legge per l'abilitazione degli incapaci al commercio ed è responsabile solidalmente col preponente delle conseguenze derivanti dall'inosservanza di quelle formalità (art. 373).

2º) l'institore è obbligato a provvedere alla regolare pubblicazione del contratto di matrimonio del suo principale e alla domanda di separazione di beni tra esso e il suo coniuge, rispondendo personalmente della inosservanza di queste formalità.

3º) l'institore è obbligato a tenere i libri dell'azienda commerciale del suo principale e risponde della inosservanza di questo precetto.

4º) l'institore in caso di fallimento del principale è punito colla pena della bancarotta semplice o fraudolenta, se abbia commesso nell'esercizio dell'azienda affidatagli, qualcuno dei fatti, con-

templati come reati, dagli art. 856, 857 860, 861 cod. di commercio (confronta cod. di commercio art. 862).

Dobbiamo ora vedere quali sono le particolarità della rappresentanza institoria rispetto alla conclusione del negozio rappresentativo. Infatti la caratteristica della rappresentanza institoria, di essere cioè una rappresentanza essenzialmente generale, si riflette non solo sul negozio che vi dà origine, cioè sulla procura (del che abbiamo già parlato), ma anche sul negozio posto in essere nell'esercizio della rappresentanza, cioè sul negozio rappresentativo.

Le particolarità riguardano il requisito della contemplatio domini, necessario perchè la rappresentanza produca i suoi effetti riguardo al negozio rappresentativo.

In questa materia la legge si è ispirata al concetto di tutelare il più possibile la buona fede dei terzi ed ha per ciò posto due principi.

Ha stabilito anzitutto l'obbligo per l'institore, quando egli compie un negozio giuridico per iscritto, di fare risultare egualmente per iscritto che egli agisce in nome del principale: vale a dire il requisito della contemplatio domini deve, in questo caso, risultare per iscritto (cod. di comm. art. 371 principio). Ciò si noti bene, solo nel caso che il negozio rappresentativo sia fatto per iscritto: negli altri casi, vale la regola generale che la contemplatio

domini può risultare da tutte le circostanze del negozio giuridico e da tutto il contegno dell'institore, cioè non solo da una dichiarazione di volontà espressa, ma anche da una dichiarazione di volontà tacita, o, come si dice, da fatti concludenti.

La formalità della scrittura, per il requisito della contemplatio domini, nei negozi redatti in iscritto, è stabilita unicamente a vantaggio dei terzi, quindi essa non ha per sanzione la eliminazione della rappresentanza, ma la responsabilità personale dell'institore. Vale a dire, rimangono gli effetti della rappresentanza rispetto al rappresentato ma alla responsabilità del rappresentato la legge aggiunge la responsabilità dell'institore (cod. di commercio, art. 371 capoverso).

Nell'interesse dei terzi poi la legge ha stabilito altresì che l'elemento della contemplatio domini debba ritenersi implicito per tutti gli atti compiuti dall'institore nei limiti del commercio a cui è preposto. Questa regola si desume dalle disposizioni dell'art. 368 e 371 capoverso. L'art. 368 dice senz'altro che il proponente è responsabile dei fatti dell'institore e delle obbligazioni da lui contratte entro i limiti del commercio al quale è preposto, facendo intendere essere sufficiente che un atto sia compreso entro i limiti del commercio perchè la rappresentanza abbia luogo e gli effetti dell'atto si producono nella persona del rappresentato. Ma più esplicito è ancora

l'art. 371 capoverso, il quale aggiunge che anche quando l'institore non dichiari di agire in nome del preponente, perfino nel caso in cui ciò la legge gli impone, sotto pena di incontrare responsabilità personale, i terzi possano esercitare anche contro il preponente le azioni, che derivano dagli atti dell'institore appartenenti e necessari all'esercizio del commercio, a cui questi è preposto. Il che significa che anche quando manca il requisito della contemplatio domini, gli effetti della rappresentanza si producono per tutti gli atti compresi nell'esercizio del commercio affidato all'institore.

In conclusione la legge deroga qui al principio dell'art. 1127 cod. civ. per cui ognuno si presume aver contratto per sè e pei suoi eredi o aventi causa, e stabilisce invece la presunzione contraria, che cioè tutti gli atti compresi nell'esercizio del commercio, affidato all'institore, siano compiuti in nome del preponente: presume cioè per tutti questi atti il requisito della contemplatio domini.

La particolare figura della rappresentanza institoria, si ripercuote in ultimo anche sulla revoca della procura.

Se la procura institoria fu pubblicata, anche la revoca deve essere pubblicata nelle stesse forme (cod. di commercio art. 374) ma la pubblicità della revoca è necessaria solo per creare, nei terzi, la scienza legale della revoca, in modo che

essi non possano addurre che non la conoscevano, ma la pubblicità non è imposta come una formalità essenziale nel senso che la revoca non abbia effetto se non è pubblicata. Questo la legge non dice e sarebbe arbitrario aggiungervelo. Non solo, ma dall'art. 370 capoverso, che regola gli effetti della procura non pubblicata e stabilisce che in tale caso le limitazioni si possono opporre ai terzi, solo se si prova che la conoscevano, si desume il principio, valevole certo anche per la revoca, che la mancanza di pubblicità legale circa le limitazioni e la revoca della procura, che in fondo non è che la massima delle limitazioni, produce il solo effetto di porre a carico del preponente la prova che i terzi conoscevano la limitazione e la revoca.

Se la procura non fu pubblicata, non è il caso di parlare di una scienza legale da parte dei terzi del suo contenuto: questo spiega perchè la legge non abbia ritenuto necessario di stabilire nulla circa la revoca del mandato non pubblicato. Sorge così il dubbio se sia ammissibile la revoca pubblica della procura non pubblica. Noi crediamo di sì, perchè non si deve impedire al preponente di poter ottenere la scienza legale da parte dei terzi della revoca.

Che se la procura non pubblicata fosse revocata per atto non pubblicato, la conseguenza sarebbe sempre quella che abbiamo veduto per la revoca non pubblica della procura pubblica, che cioè ri-

cadrebbe sul preponente l'obbligo di provare la conoscenza della revoca da parte dei terzi.

B) Rappresentanza dei commessi viaggiatori (cod. di commercio art. 377-378)

Si dicono commessi viaggiatori, in generale, coloro che nell'interesse di un commerciante intraprendono viaggi in uno o più luoghi allo scopo di procacciare affari, coll'autorizzazione di iniziarli o compierli in nome di lui.

Il commesso viaggiatore ha oggidì assunto una importanza speciale, col progredire e coll'allargarsi della grande industria. La grande produzione ha dato luogo al bisogno di uno smercio rapido e su vasta scala dei prodotti; a ciò servono mirabilmente i commessi viaggiatori; i quali, recandosi in lontani paesi, visitandoli continuamente e periodicamente, aprono nuovi sbocchi alla produzione, adattando le condizioni della vendita ai bisogni della piazza informando i produttori di questi bisogni dei consumatori perchè a questi essi adattino la produzione allargando smisuratamente il mercato di ciascun prodotto; si informano della solvibilità dei clienti, riscuotono i crediti, ponendo insomma direttamente in contatto produttori e consumatori, produttori e commercianti al minuto, e eliminando così i grossi intermediari. Grandi sono dunque i benefici sociali che derivano dal loro ufficio, ma qualche volta non disgiunti da danni.

Alcune volte, come è avvenuto talora nel mezzogiorno d'Italia, essi spingono ad acquisti eccessivi popolazioni dotate di un limitato potere di consumo, provocando così grandi rovine.

Vi sono varie specie di commessi viaggiatori.

Una prima distinzione tra i commessi viaggiatori, e questa di sola importanza economica, può farsi tra i commessi viaggiatori destinati a vendere e i commessi viaggiatori destinati a comperare. La prima categoria è la più numerosa ed importante.

Un'altra distinzione tra i commessi viaggiatori è quella tra i commessi aventi la rappresentanza del principale e commessi senza rappresentanza. Questa distinzione che ci interessa assai più da vicino, perchè ha importanza giuridica rilevante, dipende da ciò, che alcune volte i commessi viaggiatori hanno dal loro principale facoltà di concludere affari in suo nome, mentre altre volte hanno il semplice incarico di procacciare affari, ma senza facoltà di concludere; il loro compito è esaurito quando hanno messo in rapporto il cliente con la casa e si sono fatti intermediari della proposta del cliente, che la ditta è libera di accettare o di respingere. Generalmente i commessi con rappresentanza, che godono completamente la fiducia del principale, stanno anche al suo esclusivo servizio; hanno

uno stipendio fisso, più una provvigione sugli affari conclusi. Invece i commessi viaggiatori senza rappresentanza, il cui compito è più limitato, di solito lavorano per parecchie case contemporaneamente, e sono pagati non a stipendio, ma esclusivamente a provvigione.

Il codice di commercio non si occupa che dei primi, giacché suppone che il commesso sia al servizio stabile del principale (art. 378).

Il rapporto interno, che lega il commesso viaggiatore al principale, abbia egli o non abbia la rappresentanza, deve definirsi come una locazione d'opera. Infatti il commesso viaggiatore, al pari dell'institore, sebbene entro limiti più ristretti, pone a disposizione del principale la propria attività materiale e intellettuale, il che basta per definire come locazione d'opera il rapporto fra commesso e principale. Dobbiamo pertanto escludere che il rapporto sia di mandato. Per i commessi senza rappresentanza, la cosa è più evidente. Essi non hanno altro compito che di procurare affari, ma non hanno alcuna facoltà deliberativa in ordine ad essi, e non possono pertanto concluderli né in nome del principale, né in nome proprio; manca quindi in essi quell'elemento proprio del mandato, che è l'uso delle proprie facoltà volitive per un inte-

resse altrui. Il ricercare gli affari, il procurare le offerte dei clienti è un compito che richiede bensì lavoro materiale e intellettuale, ma non già uso di facoltà volitive. Dobbiamo quindi respingere l'opinione dello Sraffa[1] il quale ritiene che anche nel caso del commesso senza rappresentanza si abbia un mandato, perchè questa opinione, se risponde alla dottrina dello Sraffa secondo la quale il mandato è caratterizzato dalla facoltà di trattare affari per conto altrui, non risponde invece al nostro concetto del mandato, secondo il quale nel mandato vi è sempre esplicazione di una facoltà volitiva per conto di altri.

Ma anche quando il commesso viaggiatore ha la rappresentanza del principale, il rapporto interno fra commesso e principale è una locazione d'opera e non un mandato, perchè l'opera del commesso viaggiatore, anzi specialmente del commesso viaggiatore rappresentante, il quale sta al servizio stabile e spesso esclusivo del suo principale, è un'opera che impegna in gran parte, se non totalmente, la sua attività, ed implica necessariamente, un impiego di lavoro materiale ed intellettuale per la preparazione dei negozi giuridici che poi come rappresentante egli conclude. Tale dunque anche per

---

(1) Sraffa. Del mandato commerciale e della commissione. pag. 132.

il commesso viaggiatore con rappresentanza ciò che abbia_mo detto dell'institore, che quando taluno pone a dispo_sizione di altri la propria attività in modo perma_nente per la conclusione di una serie notevole di negozi, non si ha soltanto impiego di attività volitiva, ma anche, e principalmente, impiego di opera intel_lettuale e materiale, e quindi si ha non mandato, ma locazione d'opera.

In conclusione, i commessi viaggiatori con rappresentanza sono locatori d'opera con rap_presentanza, e i commessi viaggiatori senza rap_presentanza sono dei locatori d'opera semplice_mente.

Circa la rappresentanza dei commessi viag_giatori, nei casi in cui è loro conferita, le particolari_tà notevoli da rilevare sono le seguenti:

La procura, con cui la rappresentanza è conferita, può anche qui assumere qualunque for_ma; può risultare da atto scritto o anche da semplici dichiarazioni verbali. Spesso la procura risulta da documenti; non da un atto solenne di procura ricevuto da notaio o autenticato, come avviene spesso per la procura institoria, ma da let_tere, avvisi, circolari, ed altri documenti di questo genere, rivolti direttamente ai clienti o anche con_segnati al commesso viaggiatore, perchè li comu_nichi ai clienti e gli servano per legittimare la sua qualità di rappresentante. Se la procura è pura_

mente verbale il terzo che contratta col commesso non ha altra garanzia che la parola e la responsabilità del commesso; egli corre l'alea di contrattare con un rappresentante apparente o con un rappresentante e che ecceda i suoi poteri e sta a carico suo la prova dell'esistenza dei limiti reali della procura quando voglia rivolgersi contro il principale per far valere contro di lui gli effetti del negozio compiuto in suo nome dal commesso. Non credo pertanto che sia da accogliere l'opinione dello Sraffa, secondo la quale "i terzi sono senz'altro legittimati a credere che il commesso viaggiatore sia abilitato a porre in essere gli atti che si contemplano usualmente nel mandato ad esso conferito[1]". Con questa dottrina si stabilisce l'esistenza di una procura presunta inerente alla stessa nomina di un commesso viaggiatore, e di una procura di cui è stabilita anche una estensione presuntiva. Ora, nessuna delle due presunzioni ha alcun fondamento nè nella legge nè nella realtà. La legge non ha alcuna disposizione al riguardo; anzi l'unico articolo che si occupi della procura dei commessi viaggiatori, vale a dire l'art. 377, riguarda il caso in cui vi sia una procura scritta, e dice che il terzo deve starsene esattamente ai termini della procura; d'altro canto la figura che in pratica assumono i commes-

---

(1) Sraffa Opera citata pag. 135.

si viaggiatori esclude la possibilità anche di una semplice presunzione <u>hominis</u>, nel senso voluto dallo Sraffa, perchè il caso più frequente è proprio quello del commesso viaggiatore senza rappresentanza, e quindi il semplice invio d'un commesso viaggiatore, non implica per sè affatto il conferimento di rappresentanza. Esclusa pertanto ogni presunzione circa l'esistenza e i limiti della procura, vale anche qui il principio generale, secondo cui chi ha interesse a porre in essere l'esistenza di una procura deve provarla; principio confermato dall'art. 359 codice di commercio secondo cui il terzo ha diritto di chiedere la esibizione del documento contenente la procura.

Se la procura è data per iscritto ed esiste quindi il documento di procura, anche se il documento è una semplice lettera, un avviso, una circolare, la rappresentanza si regolerà a tenore del documento (cod. di comm. art. 376). Varranno pertanto le restrizioni stabilite nel documento di procura. Le ulteriori limitazioni, che risultino da istruzioni non contenute nella procura, non possono essere opposte ai terzi se non si prova che questi le conoscevano (cod. di comm. art. 359).

Le restrizioni possono essere svariatissime; può la rappresentanza essere limitata a un ramo d'affari, può essere limitata territorialmente a una provincia, a una regione; possono essere limi

tate le condizioni degli affari, può essere imposta la vendita contro cambiali ecc. Ma queste restrizioni, quando la procura è scritto devono risultare dallo scritto. La forma della procura è libera, ma quando la procura è data per iscritto, tutti i suoi termini devono risultare dallo scritto e quindi anche le restrizioni. Se la procura non dice nulla circa l'estensione della rappresentanza si avrà riguardo alla natura degli affari per cui è conferita, alle circostanze che l'hanno accompagnata e agli usi del commercio. Così per esempio, il commesso viaggiatore incaricato delle vendite, in difetto di particolari restrizioni, potrà vendere a credito, potrà vendere tutte le merci che formano oggetto del commercio del suo principale, anche se non comprese nei campionari, potrà concedere gli sconti usuali per i pagamenti a contanti. Ma non potrà vendere merci, che non rientrino nel commercio del principale, non potrà assumere impegni di vendita continuativi per lunghi periodi, non potrà prendere denaro a prestito, non avrà nessuna ingerenza nell'esecuzione del contratto. quindi per esempio non potrà riscuotere il prezzo se non gli è data facoltà espressa nella procura.

Come tutti i rappresentanti anche i commessi viaggiatori con rappresentanza debbono agire in nome del preponente. Questo requisito della <u>contemplatio domini</u> deve risultare per iscritto quando il negozio rappresentativo è concluso per iscritto; e ciò

che stabilisce l'art. 378 cod. di comm. richiamando la disposizione dell'art. 371 scritta per gl'institori; il mancato adempimento di questa formalità non importa dunque la nullità del negozio rappresentativo come tale, ma semplicemente la responsabilità personale del rappresentante.

Ma l'art. 378, richiamando l'art. 371 aggiunge che il commesso viaggiatore deve soltanto riferire il nome del principale, ma non già firmare per procura. Questa disposizione è frutto di un curioso equivoco molto bene rilevato dallo Sraffa[1]. L'art. 373 del progetto preliminare, corrispondente all'art. 378 del codice, si limitava a stabilire il richiamo, per commessi viaggiatori, della disposizione dell'art. 378 (a. 382 del progetto). La Camera di Commercio di Venezia osservò che in tal modo si dava facoltà, anzi si ingiungeva al commesso di firmare per procura e così lo si parificava all'institore, mentre le sue facoltà possono essere assai minori. E quindi propose che si stabilisse non potere il commesso viaggiatore firmare per procura. Queste osservazioni furono accolte nel progetto definitivo ed in base ad esse fu formulato l'art. 378. Ma le osservazioni della Camera di Commercio di Venezia erano dovute ad un equivoco del significato della parola procura. In italiano procura è semplicemente l'atto con cui si conferisce la rap-

---

(1) Opera citata, pag. 136 e segg.

presentanza, per modo che può benissimo dirsi essere il commesso viaggiatore fornito di procura e poter firmare per procura. Nella lingua tedesca, invece la parola prokura indica l'atto in cui si costituisce la rappresentanza institoria: infatti l'institore si chiama appunto prokurist e si distingue dal rappresentante semplice, che ha avuto facoltà di concludere affari isolati (Handlungsbevollmächtiger). Ecco perchè il codice di commercio germanico all'art. 49 vieta al commesso viaggiatore di far credere che egli abbia una prokura, cioè che sia un institore. Ma nel codice italiano la distinzione non può farsi alla stessa stregua e per ciò l'art. 378 viene a dire che il commesso viaggiatore, il quale in realtà ha una procura, non può firmare per procura, e quindi non può farsi credere ciò che è realmente.

C) Rappresentanza dei commessi di negozio. (cod. di comm. art. 379).

Commessi di negozio sono coloro i quali coadiuvano, nell'esercizio del commercio, il principale o l'institore, compiendo nello stabilimento commerciale o nel negozio alcune speciali e determinate operazioni necessarie a quell'esercizio. Il codice si occupa solo (art. 379) dei commessi incaricati di vendere al minuto; ma nella categoria dei commessi di negozio rientrano tutti gli agenti del principale o dell'institore, i quali siano incaricati di determinate funzioni da esercitarsi sotto

la direzione del principale, o dell'institore, e abbiano per l'esercizio di queste funzioni una limitata rappresentanza. Rientrano pertanto in questa categoria non solo i commessi incaricati della vendita, ma anche quelli incaricati della cassa, dei magazzini, anche gli agenti incaricati di vendere i biglietti di teatro o di ferrovia, i conduttori di trams, di diligenze, di battelli a vapore, di automobili pubblici, i camerieri di birraria, di caffè, di albergo, in quanto siano incaricati di riscuotere.

Tutti questi agenti sono, dal punto di vista del rapporto che li lega al principale, dei locatori d'opera, a cui è inoltre conferita una limitata rappresentanza.

La procura, in virtù della quale la rappresentanza è conferita, è di solito tacita e risulta dal fatto stesso della loro destinazione d'ufficio. I limiti di essa si desumono dalla natura della funzione affidata all'agente. Quindi, se si tratta di commessi destinati a vendere al minuto nel negozio, essi potranno vendere e quindi consegnare la merce e riscuoterne il prezzo, rilasciandone ricevuta (art. 379 principio); possono anche concedere gli sconti e le dilazioni di uso, dare piccoli campioni, cambiare la merce venduta con altra ecc. Ma non possono compiere quegli atti, che non siano strettamente ine-

renti alla loro funzione; così non possono vendere fuori del negozio, (cod. di commercio art. 379 capoverso), a meno che non vi sia una procura speciale espressa o anche tacita. (Per es: se il commesso porta a casa del cliente la merce comprata nel negozio potrà anche esigerne il prezzo, perchè nell'incarico di portare la merce fuori del negozio, è implicita la facoltà di farsene pagare il prezzo). E quello che si dice di commessi di negozio vale per tutti gli altri agenti. Così i bigliettai d'un teatro potranno vendere i biglietti nel teatro e riscuoterne ivi il prezzo, ma non potranno arrogarsi facoltà più estese, per esempio quello di dare in locazione palchi ad anno o il concedere permessi d'entrata gratuiti, e meno che mai d'ingerirsi in altri rami dell'amministrazione del teatro; fuori del loro ufficio cessa la rappresentanza.

Se il principale vuole limitata la rappresentanza rispetto alle stesse funzioni dell'ufficio conferito al commesso, deve farlo in modo espresso e pubblico. Così può togliere al commesso, incaricato di vendere, la facoltà di riscuotere, ma deve allora avvertirne il pubblico, il che di solito si fa con l'avviso "Si paghi alla cassa", può togliere al commesso la facoltà di ridurre il prezzo, ma deve egualmente renderne avvertito il pubblico, ciò che di solito si fa coll'avviso "Prezzi fissi".

D) La rappresentanza dei raccomandatari.

Raccomandatario è colui che è stabilmente

preposto all'esercizio del commercio dell'armatore nei vari punti d'approdo delle sue navi. Egli è quindi da considerarsi come un vero institore dell'armatore, in quanto è preposto al suo commercio nei singoli scali. Come l'armatore è il commerciante del commercio marittimo, così il raccomandatario è l'institore del commercio marittimo. L'istituto dei raccomandatari non è in alcun modo contemplato dal codice di commercio: esso è tutto consuetudinario. Antica è la sua origine, e d'uso frequente anche ai tempi della navigazione a vela. Senonché allora per le condizioni speciali, che al commercio marittimo erano create da tale navigazione, specie per il fatto che raramente una stessa nave approdava ripetute volte e a periodi determinati in un medesimo porto, i raccomandatari non erano chiamati a prestare che un'opera momentanea e transitoria: essi più che altro, assistevano il capitano, valendosi delle conoscenze che avevano sulla piazza. In tale stato di cose i raccomandatari erano dei semplici locatori d'opera senza rappresentanza, questa restando intiera nel capitano; giacché la nave, nell'abbandonare il porto di scarico dove sarebbe tornata chi sa quando, non lasciava dietro di sé né affari, ne questioni insolute. Orbene tutto ciò mutò profondamente quando si introdusse la navigazione a vapore. Stabilite delle linee di navigazione con viaggi periodici e frequenti, assicurato così il periodico e frequente ritorno del

le navi dello stesso armatore nei medesimi porti di scalo, i rapporti degli armatori coi raccomandatari dovevano necessariamente assumere carattere di stabilità, in modo da indurre gli armatori a istituire nei vari approdi, agenzie affidate a raccomandatari permanenti. Di più la brevità del tempo, in cui le navi a vapore si fermano nei luoghi di approdo, che non rende possibile ai capitani di occuparsi della parte amministrativa e commerciale, e la sempre maggiore importanza assunta dalle funzioni tecniche, ha reso necessaria la separazione tra funzioni tecniche e funzioni relative all'esercizio dell'industria marittima, prima riunite nel capitano: le prime sono rimaste al capitano, le seconde sono passate ai raccomandatari.[1]

§ 21 Varie specie di negozi giuridici commerciali.

Per lungo tempo la dottrina non ha conosciuto e studiato, come figura giuridica a sé, che una sola categoria di negozi giuridici, vale a dire i contratti. È merito della dottrina tedesca giunta a così altro grado di perfezione tecnica durante

---

(1) Cfr. sui raccomandatari Vivante. I raccomandatari nella navigazione a vapore. Archivio giuridico XXIII pag. 309 - 316; e Tartufari La rappresentanza nella conclusione dei contratti pag. 274 e segg.

il secolo XIX°, l'avere ricostruito la categoria del negozio giuridico come figura generale e l'aversi fatto rientrare, accanto al contratto, altri tipi di negozi, e particolarmente il <u>negozio giuridico unilaterale e l'atto complesso</u>.

Oggi i negozi giuridici, o dichiarazioni di volontà, si possono distinguere anzitutto in due grandi categorie. Alla prima appartengono i negozi che risultano dalla dichiarazione di volontà di una sola persona, e si sogliono chiamare <u>negozi giuridici unilaterali</u>. La seconda categoria è data da negozi, che constano di più dichiarazioni di volontà e a cui si può dare il nome di <u>negozi giuridici plurilaterali</u>.

A) <u>Negozi giuridici unilaterali</u>. Non esiste nella nostra legislazione una norma generale, come quella dell'art. 1123 cod. civile rispetto al contratto, che riconosca ad una semplice dichiarazione di volontà unilaterale l'attitudine a produrre effetti giuridici. Si comprende pertanto come, per molto tempo, la figura del negozio giuridico unilaterale sia stata ignorata dalla dottrina e come anche oggi essa venga vivacemente oppugnata. Eppure, anche nel nostro diritto positivo, in gran numero di casi, noi riscontriamo questo fenomeno di una dichiarazione di volontà emessa da una sola persona, e che produce effetti giuridici per sè e indipendentemente dalla dichiarazione di volontà di un'altra persona.

I casi che sono stati ricordati o che si possono ricordare sono i seguenti:

1º) Il testamento, in cui tutti gli effetti giuridici risultano dalla sola dichiarazione di volontà del de cuius, senza che in essi abbia alcuna parte la volontà dell'erede, rispetto al quale la trasmissione del diritto ereditario è, come è noto, indipendente dall'acquisto dell'eredità, per il quale soltanto è necessaria l'accettazione (cod. civ. art. 925).

2º) Il riconoscimento cioè l'atto, con cui una parte dichiara di ammettere l'esistenza di un fatto giuridicamente rilevante o di un rapporto giuridico. In questa categoria di dichiarazioni di volontà rientra la confessione giudiziale e stragiudiziale (art. 1356 e 1358 cod. civ.)

3º) La rinuncia, in tutte le sue svariatissime forme, come l'abbandono del diritto di proprietà o derelizione, l'abbandono di un diritto di servitù o di usufrutto, la rinuncia a un diritto reale di garanzia ed anche la rinuncia ad un diritto di credito o rimessione. Così egualmente la rinuncia all'eredità, la rinuncia a fare valere la invalidità di un negozio o ratifica.[1]

4º) Il recesso unilaterale ammesso in alcu-

---

(1) Circa il carattere unilaterale della rinuncia vedi Fadda e Bensa, Note alle Pandette del Windscheid pag. 858 e segg.

ni negozi giuridici, come nel contratto di appalto (codice civile art. 1641): nella società (cod. civ. art. 1729 n. 3 e 1733), nel mandato (art. 1757 cod. civile), nel deposito (cod. civ. art. 1860).

A questa categoria di negozi unilaterali vanno ascritte anche quelle dichiarazioni di volontà, con cui una delle parti può ottenere la risoluzione di un negozio giuridico, per cause contemplate dalla legge come la revoca delle donazioni per ingratitudine o per sopravvenienza di prole (cod. civ. art. 1078), la domanda di risoluzione dei contratti bilaterali per inadempimento (art. 1165 cod. civ.), lo scioglimento delle società di commercio irregolari per volontà di uno dei soci (art. 99 cod. di comm.).

5°) L'abbandono ai creditori e quello agli assicuratori della nave che producono effetti diversi, ma che sono ambedue efficaci colla sola dichiarazione di volontà del proprietario della nave (cod. di comm. art. 491, 492, 493, 632, 637, 638, 640 cod. di comm.).

6°) L'offerta del terzo possessore di un immobile il quale voglia purgarlo dalle ipoteche, colla quale egli dichiari di voler pagare il prezzo o il valore dell'immobile (cod. civ. art. 2044 e 2046), offerta che vincola il terzo possessore per un periodo di quaranta giorni. Questa offerta è una dichiarazione unilaterale di volontà, da cui dipende l'obbligo del terzo possessore di mantenere l'offerta per quaranta giorni e quello di pagare il prezzo o valore del-

l'immobile, dopo trascorso il termine senza che sia intervenuto un aumento di prezzi.

7°) L'offerta del privato che contratta con una pubblica amministrazione, vincola il privato, mentre il contratto non è perfetto, finchè l'accettazione dell'amministrazione non sia stata approvata dalle competenti autorità superiori e precisamente per lo Stato, dal ministro con decreto registrato alla Corte dei Conti. Qui il contratto non è perfetto finchè l'approvazione non è intervenuta, ma la dichiarazione di volontà del privato contraente è di per sè sola una offerta che obbliga il privato a mantenerla.

8°) La promessa di stipulare un contratto unilaterale, che per l'art. 36 III capoverso cod. di comm. è obbligatoria appena sia giunta a conoscenza dall'altra parte senza che occorra accettazione.

9°) La promessa di mantenere una offerta contrattuale impegna il promittente, il quale pertanto è tenuto al risarcimento dei danni, quando venga meno alla promessa e rifiuti l'offerta (cfr. cod. di comm. art. 36 II capoverso).

10°) La promessa al pubblico. Comunque si voglia costruire la promessa al pubblico, essa è certamente un negozio unilaterale per sè stante, che obbliga il dichiarante o ad adempiere la prestazione promessa o almeno mantenere l'offerta di contratto che si voglia in essa riscontrare.

11°) Le promesse contenute nei titoli di credi

to. I titoli di credito contengono indubbiamente un negozio giuridico unilaterale perfetto colla sola dichiarazione di volontà dell'emittente, perchè il carattere autonomo del diritto di credito del possessore dimostra che il diritto stesso sorge immediatamente dalla promessa. Il che significa che l'emittente si obbliga direttamente verso il possessore. Ma il possessore non è una persona individualmente determinata bensì semplicemente determinabile; ora un contratto con una persona indeterminata è inconcepibile, e quindi di necessità la dichiarazione di volontà dell'emittente deve ritenersi un negozio giuridico unilaterale, con cui l'emittente si obbliga verso quella persona, che dal possesso del titolo, risulterà creditore.

12°) La procura, cioè l'atto con cui taluno conferisce ad altri la rappresentanza. Il carattere unilaterale di questo negozio giuridico risulta da quanto abbiamo detto più addietro circa l'autonomia della procura.

13°) La negotiorum gestio che si ha quando taluno si assume di compiere un affare altrui (cod. civ. art. 1141 e segg.) in cui le obbligazioni del gestore e del dominus dipendono da una dichiarazione unilaterale di volontà del gestore.

Come si vede la serie dei casi in cui il nostro diritto riconosce alla dichiarazione unilate-

rale di volontà effetti giuridici è numerosissima; di modo che ben a ragione si può concludere che non si tratta di norme eccezionali, ma di un vero principio generale che si può produrre a conseguenze. Le obbiezioni mosse a questa dottrina e che furono da ultimo esposte con molta cura ed acume da Antonio Scialoja [1] si riassumono sostanzialmente in ciò che nei vari casi in cui da noi si vede un effetto dipendente da una dichiarazione unilaterale di volontà, si deve scorgere invece un effetto legale, vale a dire una conseguenza giuridica dipendente dalla legge. Ma questa costruzione evidentemente è il frutto di un errato concetto della funzione rispettiva della legge e della volontà nella produzione degli effetti giuridici. Si immagina che la volontà umana abbia una sua propria forza di produzione di effetti giuridici e questa forza non si riconosce che al contratto, vale a dire al negozio giuridico risultante da più dichiarazioni di volontà mosse da interessi diversi e convergenti sul medesimo oggetto. Si viene, per tal modo a fare risiedere l'efficacia giuridica della volontà privata nel fatto che dalla riunione di più volontà si forma una volontà superiore la quale si impone ai singoli partecipanti all'atto. Ma questo concetto risponde ad uno sta-

---

(1) A. Scialoia. Studi di diritto privato. Roma 1906 pag. 71 e segg.

dio arretrato della evoluzione giuridica, alle condizioni di una società primitiva, ancora disgregata, in cui lo Stato non si è ancora affermato come organo del diritto e in cui, tra le fonti del diritto, non esiste ancora la legge come espressione della volontà superiore dello Stato. In una società simile, di cui ci porge oggi esempio la società internazionale degli Stati, la volontà superiore contenuta nella norma giuridica, non risulta che dall'accordo espresso o tacito di più volontà individuali, che si impone alla volontà dei singoli. In una società così organizzata l'accordo e non una dichiarazione di volontà unilaterale può considerarsi come fonte di effetti giuridici. Ma ben diversamente stanno le cose nella società odierna, in cui lo stato si è affermato come l'organo specifico del diritto e ha rivendicato a sè la funzione di porre le norme giuridiche. Oggi unica fonte del diritto è la legge e alla legge debbono ricondursi tutti gli effetti giuridici che si producono. Oggi pertanto la volontà umana non è più fonte autonoma di effetti giuridici, ma è sempre l'occasione a cui la legge riconnette effetti giuridici. In questa condizione di cose non vi è più ragione di riconoscere all'accordo di più volontà una posizione privilegiata di fronte alla dichiarazione unilaterale di volontà. Anche nell'accordo oggi, e quindi nel contratto, la volontà privata non è che occasione degli effetti giuridici derivanti dalla legge; la vo-

lontà superiore che risulta dall'accordo non ha più alcuna importanza e non è essa la causa degli effetti giuridici. Posti così alla stessa stregua i negozi plurilaterali e unilaterali, appare evidente l'errore di volere ricollegare nei secondi gli effetti giuridici alla legge e non alla volontà, e nei primi alla volontà più che alla legge.

In materia commerciale i negozi giuridici unilaterali hanno larghissima sfera di applicazione, anzi i negozi giuridici unilaterali obbligatori, da cui derivano cioè obbligazioni a carico di chi li ha formati, hanno trovato appunto un terreno favorevole al loro sviluppo. Le promesse di contrattare, le promesse al pubblico, i titoli di credito, hanno nel diritto commerciale una importanza di primo ordine. È per questa ragione che noi abbiamo voluto porre in rilievo, fra i negozi giuridici commerciali, quelli che risultano da una sola dichiarazione di volontà.

B) Negozi giuridici plurilaterali.

Questa categoria di negozi giuridici è infinitamente più ampia della prima e comprende tutti i negozi i quali constano di più dichiarazioni di volontà, di modo che si potrebbe anche chiamare, con una espressiva comprensiva, negozi complessi. La specie più nota di negozi plurilaterali o complessi è data dai contratti. Ma accanto ai contratti la dottrina ha di recente riconosciuta l'esistenza di un'al-

tra importante specie di negozi complessi, che di solito vengono chiamati atti complessi o anche accordi

La differenza fra il contratto e l'atto complesso sta in ciò, che nel contratto le parti hanno interessi diversi ed opposti, i quali nel contratto trovano appunto la loro conciliazione, mentre nell'atto complesso le parti perseguono lo stesso interesse e collaborano insieme alla sua realizzazione. Mentre per ciò nel contratto le parti stanno una di fronte all'altra, nell'atto complesso stanno una accanto l'altra. Nel contratto l'effetto giuridico del negozio sodisfa, al tempo stesso, gli interessi delle due parti; ma queste sono fra di loro opposti (per es: nella vendita, una delle parti ha interesse ad avere la cosa al minimo prezzo possibile e l'altra ha interesse a darla al massimo prezzo possibile); nell'atto complesso invece l'effetto giuridico sodisfa gli interessi delle parti, ma questi sono eguali e comuni per tutti (così per es: la deliberazione dell'assemblea di una società anonima, l'atto costitutivo di una società). Per questa ragione noi preferiamo alla comune denominazione di atto complesso che non è priva di equivoco, perchè anche il contratto in fondo, risultando da più dichiarazioni di volontà, è uno negozio complesso, la denominazione di atto o meglio negozio collettivo.

1°) Negozi collettivi. (o anche atti complessi).
L'atto collettivo è una figura che ha larghissime applicazioni, tanto nel campo del diritto pubblico quanto in

quello del diritto privato. Sono atti collettivi gli atti di fondazione di una corporazione, le deliberazioni dei corpi collegiali (assemblea di società, assemblea dei creditori nel fallimento, Consiglio comunale, Giunta comunale, tribunali, Camera dei deputati, Senato, Consiglio di Stato ecc.); gli atti risultanti dal consenso di più organi distinti (la legge, negli Stati costituzionali, per cui occorre il consenso della Camera, del Senato e la sanzione regia) e infine gli atti che risultano da una dichiarazioni di volontà accessorie, vale a dire tutti gli atti soggetti ad approvazione, ad omologazione o ad autorizzazione.

In tutti questi casi si ha un atto risultante da più dichiarazioni di volontà miranti alla realizzazione di un interesse unico e comune a tutti i dichiaranti. Ma secondo il modo, con cui le diverse dichiarazioni di volontà possono concorrere e coordinarsi insieme per il raggiungimento dello scopo comune, si danno diversi tipi di atti collettivi.

a) Alcune volte le diverse dichiarazioni di volontà hanno un eguale valore giuridico. Si hanno allora gli atti collettivi risultanti da dichiarazioni di volontà uguali, detti comunemente atti complessi uguali. Si ha questo tipo di atto complesso negli atti, con cui più persone concorrono a fondare una corporazione, negli atti nelle deliberazioni degli organi collegiali, e negli altri atti risultanti da più dichiarazioni di volontà uguale di valore,

come la legge (in cui, si noti, due delle dichiarazioni di volontà che la costituiscono, cioè il consenso della Camera e del Senato sono alla loro volta atti collettivi), e come gli atti compiuti da più rappresentanti aventi una procura collettiva (per es: gli atti compiuti dal presidente del consiglio d'amministrazione di una società e dal consigliere delegato quando la firma sia delegata ad essi collettivamente).

b) Altre volte le dichiarazioni di volontà, che concorrono a formare l'atto collettivo, hanno valore giuridico disuguale: una dichiarazione di volontà è considerata come principale, e una o più altre come accessorie. Questo caso si ha in tutti gli atti che hanno bisogno di autorizzazione od approvazioni, in cui l'atto è unico e risulta dalla dichiarazione di volontà principale, e dalla dichiarazione di approvazione o di autorizzazione.

Nel diritto commerciale la categoria degli atti collettivi e negozi collettivi ha una grande importanza, principalmente rispetto a due istituti giuridici, che sono fondamentali nel diritto commerciale, vale a dire l'istituto delle società commerciali e quello del fallimento. Le società commerciali sono vere corporazioni riconosciute come persone giuridiche, e quindi in materia di società ci imbattiamo in ogni momenti nella figura dell'atto collettivo. È così un atto collettivo e non, come si suole affermare di solito inesattamente, un contratto, l'atto

costitutivo di una società commerciale. (Per le società civili invece, che non costituiscono persone giuridiche, la cosa potrebbe essere dubbia), sono atti collettivi le deliberazioni delle assemblee di società commerciali, le deliberazioni dei Consigli d'amministrazione, gli atti compiuti congiuntamente dagli amministratori aventi la firma sociale, gli atti compiuti dagli amministratori aventi la firma sociale coll'autorizzazione del Consiglio o della assemblea. Soltanto considerando la società come corporazione, e gli atti con cui esse sono costituite e vivono, come atti collettivi, si riescono a spiegare adeguatamente certe particolarità nella disciplina giuridica delle società commerciali, che invano si spiegherebbero colla applicazione dei principi propri al diritto contrattuale.

Anche in materia di fallimento la dottrina dell'atto collettivo può riuscire feconda. Il fallimento crea tra i creditori una comunione, che ha i suoi propri organi e le cui deliberazioni hanno il carattere di veri e propri atti collettivi. In tal modo si spiegano molte particolarità del diritto fallimentare, tra cui per esempio, l'obbligatorietà del concordato stipulato dalla maggioranza dei creditori, anche per la mancanza assente o dissenziente (cod. di comm. art. 840).

II°) Contratti. È questa la figura tipica e tradizionale del negozio giuridico, e anche quella che nella pratica ha la maggior importanza

e la più larga applicazione.

Il contratto consta di due dichiarazioni di volontà. Quando in uno stesso contratto intervengono più di due persone allora si dà uno di queste due ipotesi: o non si tratta in realtà di un contratto unico, ma di più contratti congiunti, (per es: una vendita, il cui prezzo sia garantito da un terzo è in realtà una vendita ed una fideiussione: i due negozi potrebbero concepirsi staccati) oppure si tratta di un contratto in cui una delle due dichiarazioni di volontà è alla sua volta un atto collettivo (per es: un contratto di vendita stipulato da più condomini, un contratto stipulato da due rappresentanti con procura collettiva). Quindi in realtà il contratto si riduce sempre a un negozio giuridico posto in essere da due parti e risultante da due dichiarazioni di volontà. Per questa ragione dubiterei molto se porre il contratto di società civile fra i contratti, perchè anche nel contratto di società civile le parti non si propongono per iscopo immediato (causa) quello di assicurarsi la collaborazione altrui per il conseguimento di uno scopo più lontano, che sia diverso o in contrasto con quello degli altri consoci, come avviene nei contratti, ma, hanno per iscopo la realizzazione di uno scopo mediato, che è comune a tutti i contratti. Infatti nella società, anche civile, se lo scopo immediato è di ottene_

re la cooperazione degli altri soci, lo scopo mediato è di ottenere un vantaggio comune e non individuale.

Nel contratto invece, come già si ebbe ad osservare, la caratteristica che lo contraddistingue è appunto questa, che vi è una causa immediata, la quale consiste nell'interesse ad ottenere la cooperazione altrui, ed in questa causa si trova il punto d'incontro degli interessi dei vari contraenti, ma la causa remota è il sodisfacimento di un interesse proprio di ciascun contraente, il quale è diverso e bene spesso opposto a quello dell'altro contraente.

In questa cooperazione che si richiede dall'altro contraente sta il criterio distintivo tra le due grandi sotto specie in cui si suddivide il contratto. Intendo qui alludere alla distinzione fra i contratti <u>unilaterali</u> e i contratti <u>bilaterali</u>. Questa distinzione, che non si deve confondere con l'altra già dianzi fatta, tra negozi unilaterali e negozi bilaterali (perchè i contratti unilaterali sono pure sempre contratti) riguarda la natura degli effetti giuridici derivanti dal contratto. I contratti bilaterali (anche <u>sinallagmatici</u>) sono quelli da cui derivano obbligazioni a carico di entrambi i contraenti (es: vendita, locazione, permuta), mentre i contratti unilaterali sono quelli da cui derivano obbligazioni a carico di uno solo dei contraenti (donazione, mutuo).

Nei contratti bilaterali la cooperazione che

una parte vuole ottenere dall'altra consiste in una prestazione, invece nei contratti unilaterali, la cooperazione che una parte vuole ottenere dall'altra è minima; e può consistere unicamente nel ricevere la prestazione che essa si obbliga a farle. Nei contratti bilaterali pertanto la prestazione d'una parte serve a sodisfare lo interesse opposto dell'altra parte, mentre nei contratti unilaterali, la cooperazione passiva dell'una parte serve a soddisfare un interesse non opposto, ma diverso dall'altra. Così per es: nella compra-vendita, la prestazione della cosa da parte del venditore serve a sodisfare l'interesse del compratore ad avere la cosa, interesse che è naturalmente in contrasto con quello del venditore che tenderebbe a non privarsene, e vi si induce solo per il complesso che riceve nel prezzo; così come la prestazione del compratore sodisfa l'interesse del venditore a riceverlo, il quale è in contrasto con l'interesse del compratore che tenderebbe ad ottenere la cosa senza sacrificio o col minimo sacrificio possibile. Invece nella donazione, mediante il ricevimento della cosa donata da parte del donatario, si sodisfa l'interesse del donante di fare un atto di liberalità di beneficarlo, il quale è diverso dall'interesse del donatario, che è invece quello di arricchirsi della cosa donata.

Tutto ciò dimostra che tanto nel contratto unilaterale come nel contratto bilaterale si ha sem-

pre conciliazione d'interessi diversi se non sempre opposti e che questa caratteristica del contratto si trova anche nel contratto unilaterale dove è pure appariscente.

È fuori di dubbio pertanto che il contratto è qualche cosa di più che il semplice concorso di due volontà di equal contenuto. Non basta che due persone vogliano la stessa cosa, ma perchè fra loro sia concluso un contratto, occorre che la cosa voluta, cioè il contenuto della volontà contrattuale, riesca a conciliare gli interessi delle due parti e a fare conseguire ad ambedue gli scopi particolari di ambedue.

Questa osservazione sulla natura del contratto ci permette di risolvere la questione teoricamente e praticamente interessantissima della perfezione del contratto

Che cosa occorre perchè un contratto possa dirsi perfetto? e quando sarà un contratto perfetto? Ecco il problema che ad ogni istante si presenta nella pratica dato che non ci si accontenti della esistenza di due dichiarazioni di volontà di contenuto eguale, ma si voglia qualche cosa di più per la conclusione del contratto.

Oltre all'importanza teorica evidente, perchè il problema investe la stessa natura del contratto come negozio bilaterale, grande è anche l'interesse pratico della questione. La quale è importante il praticamente anzitutto perchè fino a tanto che il con-

tratto non è perfezionato ognuna delle parti può revocare la propria volontà; perchè bisogna stabilire se nel momento della perfezione le parti avevano capacità di obbligarsi; per vedere quale legge è da applicarsi al contratto, sia in caso di mutamento di legislazione, sia nel caso in cui le parti si trovino in luoghi diversi e retti da diverse legislazioni; per decidere in qual momento ha luogo il trasferimento della proprietà e quindi quello dei rischi e pericoli ecc.

La questione del momento perfezionativo del contratto può farsi in tutti i contratti. Per lo più avverrà che lo scambio delle due dichiarazioni di volontà sia fatto di presenza, nello stesso luogo, senza che tra l'una e l'altra dichiarazione sia un intervallo di tempo fisicamente valutabile. Ma la questione allora non ha importanza pratica. Questa importanza incomincia allorchè è necessario qualche tempo perchè la dichiarazione di volontà di una parte giunga all'altra parte. Ciò avviene di regola nei contratti fra persone lontane, ma può eccezionalmente venire nei contratti fra presenti, quando per es. le parti trattano per iscritto (il caso del sordomuto) o quando per improvviso malore la dichiarazione di volontà fatta da una parte non giunga all'altra parte. Quindi la questione in linea di principio deve farsi per tutti i contratti fra presenti e fra assenti, solo essa è praticamente più importante nei contratti fra assenti: questa è la ragione per cui il Cod. di Comm. lo fa

appunto a proposito di contratti fra persone lontane (art. 36).

Il principio accolto nell'art. 36 è questo, che per la perfezione del contratto occorre non solo la esistenza di due dichiarazioni di volontà di identico contenuto, ma la coscienza di ambedue i dichiaranti della conformità delle due dichiarazioni. Occorre cioè che ciascuno dei due dichiaranti sappia dell'accordo intervenuto.

La ragione di questo principio sta nella natura stessa del contratto. Se nel contratto si ha la conciliazione di interessi diversi delle parti è chiaro che la conciliazione non può essere causale, ma deve essere cosciente, deve cioè ciascuna delle parti sapere che l'altra ha voluto ciò che rappresenta la conciliazione fra i due interessi diversi.

Pertanto l'art. 36 stabilisce che il contratto è perfetto quando la notizia dell'accettazione giunga al proponente, ciò che significa che per la perfezione del contratto occorre non solo la proposta, cioè la dichiarazione di una delle parti contenente tutti gli elementi del contratto, non solo l'accettazione, cioè la cosciente dichiarazione conforme dell'altra parte, ma anche la coscienza da parte del proponente dell'avvenuta accettazione, con che la conoscenza vicendevole dell'accordo è completa.

In tal modo il codice di commercio ha accolto tra le varie teorie che si contrastavano il cam-

po intorno al momento perfezionativo dei contratti, specie per i contratti fra le persone lontane, la teoria della cognizione, che appunto esigeva la conoscenza reciproca della cosa. Esso ha respinto le altre dottrine, che si accontentavano, o della semplice accettazione, quando vi fosse stata la proposta (teoria della dichiarazione o della accettazione) o che volevano inoltre che la dichiarazione di accettazione fosse spedita al proponente (teoria della spedizione), o che richiedevano in più che la dichiarazione fosse pervenuta al proponente, senza però che fosse necessaria la cognizione da parte del proponente stesso (teoria della ricezione). Queste teorie avevano tutte il difetto di accontentarsi della semplice coesistenza delle due dichiarazioni di volontà di identico contenuto e di preoccuparsi solo del momento in cui la dichiarazione di accettazione diventa completa come dichiarazione di volontà per sé stante. Esse non consideravano che nel contratto non basta la coesistenza di due dichiarazioni di volontà di identico contenuto, ma occorre il riflesso subiettivo di questa coesistenza, la coscienza di essa da parte dei contraenti, giacchè l'oggetto della volontà contrattuale è appunto la conciliazione degli interessi diversi delle parti in un oggetto comune.

La regola dell'art. 36 cod. di commercio vale non solo in materia commerciale, ma anche in materia civile. Essa infatti non è una norma speciale di diritto commerciale, una norma cioè che re

goli i rapporti commerciali in modo diverso dai corrispo-
spondenti rapporti civili, ma è un principio scritto occa-
sionalmente per la materia commerciale, che in realtà
è applicazione e derivazione dei principi del diritto ci-
vile, relativo alla materia del contratto. E per questa spe-
cie di norme, abbiamo già veduto a suo tempo, l'esten-
sione analogica dalla materia commerciale, alla ma-
teria civile è perfettamente possibile.

L'art. 36 cod. di commercio accoglie il prin-
cipio della cognizione espressamente solo per i contrat-
ti bilaterali. Per i contratti unilaterali sembrerebbe
avesse voluto stabilire un principio diverso, perchè
nell'ultimo capoverso dello stesso articolo è contenu-
ta questa disposizione:

"Nei contratti unilaterali le promesse so-
no obbligatorie appena giungono a notizia della parte
cui sono fatte."

Secondo il suo letterale tenore, l'art. 36 ul-
timo capoverso, viene a dichiarare che, nei contratti
unilaterali, la promessa del proponente è obbligato-
ria appena giunta a notizia della parte cui è diret-
ta: ossia che non occorre nessuna ulteriore dichiara-
zione di volontà dall'altra parte, perchè la proposta
di un contratto unilaterale sia obbligatoria.

Ma come si concilia col principio che il
contratto richiede due concordi dichiarazioni di volon-
tà dirette alla costituzione, al regolamento o allo sciogli-
mento del contratto (art. 1098 cod. civile)? Qui avre-

mo un contratto risultante da una sola dichiarazione di volontà, il che è semplicemente assurdo.

Le interpretazioni possibili o proposte per spiegare l'art. 36 ultimo capoverso sono varie:

a) Può darsi che l'art. 36 ultimo capoverso contempli il caso in cui il futuro creditore abbia fatto la proposta del contratto unilaterale e il futuro debitore abbia risposto colla sua promessa. Ma se così fosse dovremmo avere, perchè il contratto fosse perfetto: 1°) la proposta del creditore; 2°) l'accettazione del debitore; 3°) la notizia dell'accettazione. Vale a dire avremmo per i contratti unilaterali precisamente la stessa regola che per i contratti bilaterali. E allora, a che una disposizione speciale per i contratti unilaterali? (1)

b) Secondo un'altra soluzione, poichè la legge dice che le promesse dall'art. 36 ultimo capoverso sono obbligatorie appena giunte alla parte cui sono dirette, ne risulta che si tratta non già di promesse contrattuali o proposte di contratti ma di promesse u-

(1) Questa spiegazione è messa innanzi dallo Scialoja Vittorio (Osservazioni sull'art. 36 del codice di commercio, negli Scritti per il cinquantesimo anniversario d'insegnamento di E. Pessina Vol. II pag. 12) il quale però la respinge come inammissibile.

unilaterali di volontà, perfette di per sè sole. Le promesse di cui parla l'art. 36 ultimo capoverso, sono dunque obbligatorie come atti unilaterali. Si tratterebbe dunque di un'impropria formazione della norma: invece di contratti unilaterali la legge intendeva di parlare di atti unilaterali. [1]

Ma neppure questa opinione è accettabile, perchè muta il testo legislativo, sostituendo una espressione ad un'altra, senza che vi sia una sufficiente ragione che giustifichi la interpretazione modificativa.

c) Secondo un'altra opinione l'art. 36 ultimo capoverso avrebbe semplicemente, nei contratti unilaterali, presunta l'accettazione, di modo che vi sarebbero pur sempre le due dichiarazioni di volontà, necessarie a costituire il contratto, salvo che quello dell'accettante sarebbe presunta dalla legge. [2] Ma questa spiegazione ha il difetto di creare una presunzione juris et de jure che non è nella legge e che in ogni modo giungerebbe sempre allo stesso risultato di creare un contratto con una sola dichiarazione di volontà, il che è quanto dire di trasformare il contratto in un negozio giuridico unilaterale.

d) Secondo un'altra spiegazione per l'art.

---

(1) È l'opinione di Vittorio Scialoia opera citata pag. 13

(2) Antonio Scialoja. La dichiarazione unilaterale di volontà, in Studi di Dir. privato pag. 98.

36 ultimo capoverso, nei contratti unilaterali sarebbe obbligatoria la promessa, cioè la proposta; vale a dire la proposta o offerta contrattuale sarebbe irrevocabile appena giunta al destinatario. Non sarebbe perciò completo il contratto colla semplice proposta ma diverrebbe irrevocabile la proposta.(1) Questa interpretazione ci presenta assai meglio delle precedenti, ma ha il difetto di trasformare la promessa menzionata dall'art. 36 in una offerta o proposta di contratto. Ora altra cosa è la promessa, altra cosa è l'offerta. L'offerta o proposta è la dichiarazione di volontà di una parte, destinata, col concorso della dichiarazione dell'altra parte, a formare il contratto; è dunque un elemento del contratto. Certo anche la proposta può in un certo senso costituire un negozio giuridico autonomo, in quanto generi l'obbligazione di mantenerla e quindi sia irrevocabile, ma anche in questo caso essa è sempre e principalmente un elemento contrattuale. Invece la promessa, secondo l'uso comune e il significato proprio dell'espressione, è sempre e soltanto un negozio giuridico autonomo, essa non è una dichiarazione di

---

(1) Questa opinione fu messa innanzi dal Grisostomi. Le promesse di contrattare, Frascati 1913, pag. 164 e segg. (L'idea era però stata accennata anche da altri; per es: dal Montessori. Dell'obbligazione al portatore. Modena 1912 pag. 85) e venne accolta e anche più precisata dal Vivante. Trattato, 4ª ed. Ediz. Vol. IV, num. 1514.

volontà destinata a incontrarsi con un' altra per costituire un contratto, è invece un negozio giuridico, che crea delle obbligazioni di per sè e precisamente l'obbligazione di fare quello che si promette e non già solo di non revocare la promessa. Anzi nel significato proprio della espressione la promessa può essere tanto un negozio giuridico unilaterale, quanto un contratto e precisamente si intende per promessa il negozio giuridico preliminare. Si intende per negozio preliminare, ogni negozio che contiene l'obbligo di stipulare un altro negozio e particolarmente un contratto, così la promessa di vendita è un contratto preliminare di vendita, che contiene l'obbligazione di vendita.

Noi crediamo che precisamente al negozio preliminare abbia alluso l'art. 36 ultimo capoverso, e abbia pertanto inteso di stabilire che la promessa d'un contratto unilaterale, vale a dire la dichiarazione di volontà con cui taluno si obbliga a stipulare un contratto unilaterale, che generi obbligazioni a carico suo solamente, è un negozio giuridico unilaterale, perfetto perciò colla sola dichiarazione di volontà del promittente.

In conclusione l'art. 36 ultimo capoverso, che è dovuto ad un curioso fraintendimento di un passo di Grozio,(1) non reca una eccezione al principio della

---

(1) L'origine del capoverso, secondo i lavori preparatori, si rin-

cognizione e non regola i contratti unilaterali diversamente dai bilaterali, per quel che riguarda la perfezio

---

traccia nell'intenzione, che il Mancini manifestò nella sua Relazione, di seguire il sistema del Grozio, svolto in un passo della celebre opera "De iure belli ac pacis libro 2°, capo XI, n. 158„ Illud etiam quaeri solet an satis sit acceptationem fieri an vero etiam innotescere debeat promissori antequam promissio plenum effectum consequatur. Et certum est utroque modo fieri posse promissionem, aut hoc modo: volo ut valeat si acceptetur: aut hoc modo: volo ut valeat si acceptam intellexero. Et in his quidem quae ad mutuam pertinent obbligationem, posterior sensus praesumitur: in promissis vero mere liberalibus potius est ut prior sensus credatur adfuisse, nisi aliud appareat.„ Grozio dunque ci pone la questione: se basti l'accettazione per la obbligatorietà della promessa, o se sia necessario anche che il promittente abbia notizia dell'accettazione. E la risolve nel senso che tutto dipende dal modo con cui fu fatta la promessa: se il promittente disse: voglio che la promessa abbia effetto coll'accettazione, sarà obbligatoria la promessa colla semplice accettazione; occorrerà, invece, la notizia dell'accettazione, se il promittente disse: voglio che la procura valga se conoscerò l'accettazione. E finisce col porre una presunzione; nelle promesse di contratti bilaterali (quae ad mutuam pertinent obbligationem) si presumerà che il promittente abbia richiesto la notizia dell'ac

ne del contratto. Il principio per tanto che i contratti si perfezionano quando la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente, vale tanto pei contratti bilaterali, quanto pei contratti unilaterali.

Analizziamo ora singolarmente i due elementi costitutivi del contratto vale a dire le due dichiarazioni di volontà il cui incontro cosciente e voluto

---

cettazione: nelle promesse _meramente_ liberali, si presumerà che il promittente si sia accontentato della _semplice accettazione_.

Questa distinzione di Grozio fra promesse _quae ad mutuam pertinent obligationem_ e promesse _liberali_ non è molto corretta, perchè le promesse liberali sono una categoria di promesse di contratti unilaterali, ma non tutte le promesse di contratti unilaterali sono promesse liberali.
Comunque sia, la distinzione viene dagli autori del Codice gravemente fraintesa. Mentre per le promesse liberali, Grozio richiedeva l'accettazione, dichiarando solo non necessaria la notizia dell'accettazione, l'art. 36 ultimo capoverso si accontenta che le promesse giungano a notizia di colui a cui sono dirette. Ma la _notizia_ non è accettazione. Non è qui il caso di discutere se l'opinione del Grozio fosse, o no, buona: certo è intanto che, credendo di seguire Grozio, il nostro legislatore, ha disposto cosa del tutto diversa.

costituisce il contratto.

Le singole dichiarazioni di volontà che costituiscono il contratto, possono essere anche considerate isolatamente ed hanno un loro valore giuridico anche per sè considerate. Questo valore è di regola relativo al contratto di cui non sono che un elemento, ma fino a tanto che il contratto non è perfetto, esse hanno anche un valore giuridico autonomo, e quando il contratto è perfezionato, occorre pur sempre riferirsi ad esse, se si vuole giudicare della esistenza e della validità del contratto.

Fino a che il contratto non è concluso, le due dichiarazioni di volontà, che tendono a costituirlo in quanto producono, ciascuna per sè, effetti giuridici, sono da considerare ognuna come un negozio giuridico per sè stante. Si tratta evidentemente di negozi giuridici unilaterali, aventi effetti limitati e transitorii, soggetti cioè alla condizione risolutiva della perfezione del contratto. Concluso il contratto la vita autonoma delle due dichiarazioni di volontà, come negozi unilaterali, cessa e non esiste che il contratto come negozio bilaterale. Ma se per una qualunque ragione, viene accertato che il contratto non fu validamente concluso, gli elementi, che lo costituiscono, riprendono la propria vita di negozi unilaterali.

Considerate come negozi autonomi le due dichiarazioni di volontà hanno ciascuna una indi-

vidualità propria e caratteristiche diverse. Si distingue pertanto la <u>proposta dalla accettazione</u>.

L'elemento più complesso è la <u>proposta</u> la quale è la dichiarazione contenente tutti gli elementi del contratto futuro. Per questa ragione di solito la proposta parte da chi prende l'iniziativa del contratto, il quale è anche colui che ne determina gli elementi. Ma può darsi anche che la iniziativa non conduca alla formulazione delle condizioni del contratto, ma abbia una più modesta funzione, quella di provocare la formulazione. Può anche darsi che gli elementi del contratto vengano modificati dalla persona verso cui l'iniziativa si rivolge: che si dia luogo cioè a trattative. In questi casi la proposta può essere non formulata da chi prese l'iniziativa. Definiamo pertanto la proposta come la dichiarazione di volontà diretta alla formazione d'un contratto, che contiene <u>gli elementi essenziali del contratto</u>. I requisiti della proposta sono tre:

a) che vi sia una dichiarazione di volontà. La dichiarazione può essere <u>espressa</u> fatta cioè coi mezzi destinati secondo l'uso comune a manifestare il pensiero (parole, scritti, gesti) oppure <u>tacita</u>, fatta cioè mediante atti concludenti incompatibili quindi con una diversa volontà;

b) la dichiarazione deve essere diretta alla conclusione d'un contratto. Quindi occorre la volon-

tà di vincolarsi contrattualmente in modo che colla accettazione il contratto possa perfezionarsi. inoltre occorre che la volontà sia dichiarata nelle forme proprie del contratto che si vuole costituire.

c) in ultimo la dichiarazione deve essere completa, deve cioè contenere tutti gli elementi essenziali del contratto che si vuole costituire, in modo che colla semplice adesione dell'altra parte, questo possa essere perfezionato.

L'altro termine del contratto è <u>l'accettazione</u>. L'accettazione è la dichiarazione di volontà che aderisce alla proposta. Essa è quindi una dichiarazione di volontà assai più semplice: si riduce ad una semplice adesione. I requisiti dell'accettazione sono:

a) che vi sia una dichiarazione di volontà. La dichiarazione può essere espressa o tacita, risultare cioè anche da fatti concludenti, per es: dalla spedizione della merce richiesta colla proposta. Sorge qui la grave questione circa il valore del silenzio nei negozi giuridici. Si domanda cioè se il silenzio possa equivalere alla accettazione. La dottrina italiana è divisa quanto al valore del silenzio nella conclusione dei contratti. La opinione prevalente è che il silenzio non possa valere come accettazione; ma non mancano scrittori molto autorevoli i qua-

li ammettono invece che il silenzio in determinate circostanze possa valere come consenso.

La questione, a nostro avviso, deve risolversi in base ai principii generali, perchè manca nei testi di legge una disposizione da cui si possa trarre argomento per l'una o per l'altra soluzione. L'art. 36, in cui sono voluti trovare dal Vivante [1] argomenti contro l'efficacia del silenzio, non risolve la questione. È vero, che, per l'art. 36 non vi è contratto finchè il proponente non abbia avuta notizia dell'accettazione ma ciò non significa che l'accettazione debba essere data con atti positivi e non anche col silenzio, perchè di ogni fatto si può avere notizia ed anche del silenzio. La questione che si era mantenuta molto tempo sopra un terreno non bene definito, perchè si discuteva intorno al silenzio senza essere d'accordo sul concetto stesso del silenzio, è entrata in una nuova fase per merito principalmente del Perozzi e del Bonfante. Il Perozzi [2] nega addirittura la esistenza di un problema del silenzio. Del silenzio, secondo il Perozzi, come forma della manifestazione della volontà non si può parlare, perchè il silenzio significa o che non fu manifestato un volere o che non si usò di alcun mezzo di manifestazione. Quei casi pratici che si

(1) Trattato, vol. IV n. 1538.

(2) Il silenzio nella conclusione dei contratti nella Riv. di. Dir. Comm. 1906. I pag. 509.

considerano come silenzio sono invece dei casi più o meno certi di una manifestazione del volere. Discutere dunque se silenzio possa equivalere a manifestazione di volontà è quanto discutere se vi possa essere una manifestazione di volontà inesistente. Il silenzio quindi non può esser in nessun caso il punto di partenza: il silenzio non può essere che il punto di arrivo nel senso di mancata manifestazione; esso non può essere né la premessa maggiore né la minore, ma soltanto la conclusione del sillogismo giuridico.

Il Bonfante[1] replicando al Perozzi, affermò invece l'esistenza di un problema del silenzio, nel senso che si possa discutere se sia necessaria una volontà manifestata in atti esteriori ore vel re, cioè una vera manifestazione nel senso di una estrinsecazione intenzionale cosciente, ovvero basti la semplice riconoscibilità del volere. Vi sono, secondo il Bonfante, rapporti in cui occorre la dichiarazione e rapporti in cui basta la mera esistenza del volere. In questi casi può anche bastare il solo difetto di una manifestazione contraria, quindi il silenzio. Ma non si tratterebbe di una vera manifestazione di volontà.

Da questa polemica, nella quale i due contraddittori sono più vicini di quanto credono, risulta intanto che il silenzio non si deve porre tra i casi della

---

[1] Il silenzio nella conclusione dei contratti nella Riv. di Dir. Comm. 1907. I pag. 107 e segg.

manifestazione della volontà; che anzi di silenzio non si può parlare se non quando è escluso che vi sia una manifestazione di volontà. Tutto si riduce, dunque a decidere se possa avere effetti giuridici una volontà non manifestata ma riconoscibile. Ma anche per il silenzio tale distinzione sembra non abbia ragione d'essere. Una volontà riconoscibile ma non manifestata non esiste, giacchè la manifestazione della volontà non è altro che la sua conoscibilità. La distinzione tra volontà manifestata e volontà semplicemente conoscibile si fonda sulla distinzione tra azioni esterne ed azioni interne, tra gli atti del corpo e gli atti dello spirito. Ma questa distinzione è erronea, perchè, come osserva benissimo il Del Vecchio nulla può avvenire fuori del mondo fisico ed ogni azione, che è pure un avvenimento, implica di necessità un elemento di ordine fisico.[1] L'azione dunque non è separata dal suo movente psichico ed una volontà, che non si traduca in una azione, non è concepibile. Ciò posto si potrà distinguere tra azioni più conoscibili e azioni meno conoscibili, non già tra azione interna e azione esterna, quindi tra atto di volontà e atto della manifestazione della volontà. Pertanto manifestazione della volontà e conoscibilità della volontà sono la stessa cosa e la questione del silenzio non può farsi se non considerando il silenzio come una for-

---

(1) Del Vecchio. Il concetto del diritto

ma della manifestazione della volontà, o, il che vale lo stesso, come un mezzo per riconoscere la volontà. E allora ha ragione il Perozzi a dire che il problema del silenzio, come problema distinto da quello della manifestazione della volontà, non esiste e che tutto si riduce a vedere se un contegno negativo, un non fare, costituisca nei singoli casi una dichiarazione di volontà. Il silenzio non è che uno dei tanti casi di manifestazione tacita della volontà e il suo valore dipende, secondo i principii generali, dalla univocità del contegno. Se il contegno negativo, il non fare è incompatibile colla volontà contraria, il silenzio costituisce dichiarazione tacita di volontà.

b) in secondo luogo l'accettazione deve corrispondere integralmente alla proposta, deve tradursi in un sì puro e semplice. Quindi, come stabilisce espressamente il codice, una accettazione condizionata o limitata equivale a rifiuto accompagnato da una nuova proposta. (Cod. di comm. art. 37). La nuova proposta, risultante dalle nuove modificazioni introdotte dall'accettante originario nella proposta originaria, deve avere i requisiti di ogni proposta e quindi deve manifestare l'intenzione di vincolarsi con l'accettazione e deve essere completa nei suoi elementi contrattuali. Colla nuova proposta le parti naturalmente s'invertono e il primo proponente diviene il destinatario, che dovrà accettare la nuova proposta. Se l'accetta il momento della per-

fezione del contratto è quello in cui la notizia della sua adesione giunge alla parte a cui egli aveva indirizzata la proposta originaria.

Si è detto che i due elementi costitutivi del contratto, la proposta e l'accettazione, hanno come negozi giuridici per sè stanti una vita transitoria fino alla conclusione del contratto. Si è già visto anche che il contratto si conclude di regola colla cognizione della accettazione da parte del proponente, nel quale momento si verifica quel cosciente accordo di volontà che occorre per l'esistenza del contratto. Fino a questo momento, quando per una qualunque ragione venga meno la proposta o l'accettazione, resta impedita definitamente la conclusione del contratto. Sorge quindi il problema della durata di questi due elementi contrattuali, come negozi giuridici per sè stanti. Quanto tempo dura la loro vita transitoria?

Distinguiamo la proposta dalla accettazione

A) La proposta, come tale, non ha una durata definitiva, ma la sua efficacia è invece legata ad un termine che può essere stabilito dal proponente (termine volontario) o dalla legge (termine legale). La durata della proposta può essere anzitutto stabilita dal proponente (art. 36 princ.). Egli può stabilirla espressamente = per es: chiedendo la risposta in giornata, a volta di corriere, entro dieci giorni = o tacitamente = per es: chiedendo la risposta per telegrafo, il

che implica che la risposta debba essere data in giornata, o mandando un telegramma con risposta pagata che equivale a chiedere la risposta per telegrafo. Quando il proponente non abbia fissato alcun termine, provvede la legge, che stabilisce all'art. 36 principio: che l'accettazione deve giungere al proponente nel termine ordinariamente necessario allo scambio della proposta e della accettazione, in modo da potersi stabilire secondo la qualità del contratto e gli usi generali del commercio. Trascorso il termine volontario o legale, la proposta cade e se pure l'accettazione intervenga essa non è più efficace a concludere il contratto. Tuttavia la legge concede al proponente la facoltà di prolungare la vita della proposta anche dopo la scadenza del termine e di ritenere pertanto efficace anche una accettazione giunta in ritardo (art. 36 princ.). Il proponente però in questo caso deve darne immediatamente avviso all'accettante. Colla spedizione di questo avviso la proposta è prolungata e la scadenza del termine sanata, quindi il contratto si perfeziona come se il termine non fosse scaduto. L'accettazione tardiva non va dunque considerata come una nuova proposta, nè l'avviso come accettazione di questa nuova proposta. L'avviso non ha altro valore che di convalidare la proposta scaduta, il contratto quindi si conclude colla semplice spedizione dell'avviso e si conclude presso il proponente; le parti non sono invertite; l'accettazione tar-

diva funziona come accettazione.

La proposta, finché è in vita produce questo effetto primo giuridico che, incontrandosi con l'accettazione, mediante la conoscenza di questa da parte del proponente, dà luogo alla formazione del contratto. Ma si domanda se essa possa dar luogo ad altri effetti giuridici: se in altri termini la dichiarazione di volontà del proponente, oltre a dar vita al contratto, quando concorrano le condizioni volute, possa indipendentemente dalla formazione del contratto dar luogo a qualche effetto giuridico. E si deve rispondere che la proposta può in taluni casi avere efficacia giuridica all'infuori della formazione del contratto. Ciò avviene in due casi:

1) quando il proponente si sia impegnato a non revocare la proposta. In questo caso la revoca, qualora avvenga, impedisce egualmente la formazione del contratto, ma il proponente è tenuto al risarcimento del danno. Il decidere quando vi sia questo impegno è questione di fatto, ma si deve avvertire che questo impegno deve risultare chiaramente dal testo della proposta, e che la semplice concessione d'un termine fatta al destinatario per la risposta, dà solo facoltà a colui, a cui è indirizzata la proposta, di rispondere entro quel termine, senza togliere al proponente il diritto di revoca.

2) quando la parte a cui è rivolta la proposta abbia iniziato l'esecuzione prima che gli giun-

ga la notizia della revoca della proposta. In questo caso il proponente è tenuto a risarcire i danni.

B) L'accettazione dura invece come dichiarazione di volontà autonoma, fino a tanto che essa sia giunta a notizia del proponente. In questo momento si perfeziona il contratto e l'accettazione cessa d'aver vita autonoma.

Vi sono tuttavia dei casi in cui l'accettazione ha una durata anche minore come negozio autonomo; e perfino dei casi in cui l'accettazione non è mai un negozio autonomo, ma immediatamente entra a far parte del contratto e lo perfeziona.

L'accettazione ha durata più breve quando il proponente ha posto un termine alla medesima, oppure quando egli abbia fatto dipendere la perfezione del contratto da un fatto diverso dalla cognizione (per es: dalla spedizione). Nel primo caso l'accettazione ha vita soltanto finché dura il termine, di modo che se essa s'incontra con la proposta dopo la scadenza del termine non produce la conclusione del contratto. Nel secondo caso l'accettazione ha durata più breve, perché il contratto si perfeziona prima.

Ma può anche darsi il caso che l'accettazione non abbia alcuna esistenza autonoma, che cioè al momento stesso in cui essa avviene il contrat

to si perfezioni. Questo si verifica in tutti i casi in cui il contratto si perfeziona colla semplice accettazione e perciò nei casi previsti dall'art. 36 ultimo capov., nei quali il contratto si perfeziona colla iniziata esecuzione. E ciò si verifica anche in quei casi in cui non vi è intervallo di tempo valutabile, precisamente fra il momento in cui l'accettazione è emessa e quello in cui giunge all'altra parte, vale a dire nei contratti fra persone che agiscono di presenza e verbalmente e nei contratti per telefono. In questi casi l'accettazione appena emessa perfeziona il contratto di modo che essa non ha tempo di vivere in modo autonomo. Fino a che la proposta e l'accettazione sono in vita, perchè il contratto non si è perfezionato, proposta ed accettazione sono revocabili. (cod. di comm. art. 36 capov. II°) Si discute se la revoca impedisca la formazione del contratto solo quando <u>giunga</u> a cognizione dell'altra parte prima della perfezione del contratto, o se sia sufficiente che essa sia stata <u>inviata</u>.

Circa la revoca della proposta, se essa è spedita prima che giunga al proponente la notizia dell'accettazione, la formazione del contratto non è impedita perchè l'accettazione giungerebbe in ogni caso a notizia del proponente quando la proposta non è più in vita e perciò quando l'incontro delle due volontà è diventato impossibile. Si deve notare a questo proposito che la revoca della proposta

considerata in sé è una dichiarazione di volontà unilaterale, che si perfeziona col semplice atto della sua emissione senza che occorra la cognizione di essa da parte del destinatario. D'altro canto il codice conforta testualmente questa interpretazione, perché dice all'art. 36 secondo capoverso, che la revoca è possibile fino a che il contratto non è perfetto, facendo così intendere che la revoca va considerata come perfetta appena è emessa. Del resto la ragione degli inconvenienti pratici a cui darebbe luogo un sistema per cui un proponente non sarebbe mai sicuro se la sua revoca sarebbe o no stata efficace, conforta ancora questa interpretazione.

Circa la revoca della accettazione di solito si ritiene che essa non impedisca la formazione del contratto se non quando la notizia giunga al proponente prima che gli giunga la notizia dell'accettazione, per il che occorrerebbe naturalmente l'uso di un mezzo più rapido. Quindi giungerebbe a tempo la revoca fatta per telegrafo dopo l'accettazione spedita per lettera o la revoca comunicata per telefono dopo una accettazione telegrafica. Ma a noi sembra che non ci sia ragione di distinguere tra revoca della proposta e revoca dell'accettazione. Se la revoca della proposta è perfetta e quindi efficace colla semplice emissione, perché si dovrebbe richiedere che la perfezione e quindi per efficacia della accettazione la cognizione di es

sa da parte del destinatario? Revoca della proposta e revoca della accettazione sono ambedue negozi unilaterali, e non si sa perchè dovrebbe ritenersi l'uno perfetto colla spedizione e l'altro colla cognizione. Quindi, io credo, che anche la revoca dell'accettazione impedisca la formazione del contratto, quando sia spedita prima che la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente.

La revoca impedisce la formazione del contratto, ma non è sempre considerata dalla legge come lecita. In altri termini vi sono dei casi in cui la legge fa derivare dal fatto che una dichiarazione di volontà contrattuale è stata emessa ed è giunta all'altra parte, una responsabilità per i danni che ne possono essere derivati nel caso che per la sopraggiunta revoca essa non si sia convertita in un elemento del contratto. Si può dunque affermare che la proposta e l'accettazione, in quanto abbiano fatto sorgere la legittima aspettativa della conclusione del contratto, implichino l'obbligo di mantenerle, per cui la revoca costituisce una violazione di questo obbligo e dà luogo a responsabilità. Dice infatti l'art. 36 che, sebbene la revoca impedisca la formazione del contratto, tuttavia se essa ha prodotto un danno, perchè l'altra parte ha impreso l'esecuzione del contratto, prima di avere notizia della revoca, sorge l'obbligo del risarcimento dei danni. Questo principio vale tanto per la revoca della pro-

posta quanto per la revoca dell'accettazione. Circa la revoca della proposta si deve notare che il fatto stesso della proposta ha fatto nascere nel destinatario l'aspettativa della conclusione del contratto e se in base a questa aspettativa egli ha accettato e iniziato l'esecuzione del contratto, la revoca, che ne impedisce la formazione, gli reca un danno illegittimo, che gli deve essere risarcito. Circa la revoca dell'accettazione notiamo che anch'essa dà luogo al risarcimento dei danni quando il proponente ne venga a notizia dopo che avendo avuto notizia dell'accettazione, ha incominciato l'esecuzione del contratto. E a questo proposito rileviamo altresì che la disposizione dell'art. 36, II capoverso, è una nuova riprova dell'esattezza di quanto si è detto più sopra circa l'efficacia della revoca della accettazione, perchè soltanto ammettendo che la revoca della accettazione impedisce la formazione del contratto anch'essa quando sia stata spedita prima che la notizia dell'accettazione giunga al proponente, si comprende la possibilità del risarcimento dei danni per revoca della accettazione. Solo invero ammettendo che sia efficace la revoca della accettazione anche nel caso che la notizia dell'accettazione sia giunta al proponente, si spiega come possa questi aver diritto ad un risarcimento di danni, altrimenti si concederebbe diritto di risarcimento al proponente, che senza attendere la risposta, inizia senz'altro la esecuzione,

ciò che equivarebbe a far ricadere sul destinatario la responsabilità d'un fatto non suo.

La proposta e l'accettazione vengono meno non solo con la revoca, ma anche con la morte o con la incapacità di chi le ha emesse: l'una e l'altra causa impediscono la formazione del contratto ogniqualvolta si producono prima che il contratto sia perfezionato colla notizia della accettazione da parte del proponente. È superfluo notare che non occorre che esse siano conosciute dall'altra parte prima di questo momento, basta che si siano verificate.

Sezione II^a

§22 La prescrizione.

Si suole considerare la prescrizione come una delle manifestazioni dell'efficacia del tempo come fatto giuridico. In altri termini si afferma che il decorso del tempo ha di per sé virtù di produrre effetti giuridici e che questa efficacia del tempo, come fatto giuridico, si manifesta in vari istituti, fra i quali la decadenza o temporalità del diritto, la prescrizione, la usucapione.

Noi crediamo che non sia esatto parlare di efficacia giuridica del tempo. Il tempo non è per sé un fatto giuridico, per la ragione molto semplice che il tempo non è qualche cosa che esiste in sé, ma,

come diceva Emanuele Kant, non è altra cosa che la forma del senso interno, vale a dire dell'intuizione di noi e del nostro stato interiore. Esso non è altro che una condizione soggettiva della nostra intuizione umana; in sè stesso e fuori del soggetto, non è nulla.[1]

Ma se il tempo non ha valore se non rispetto al modo con cui noi consideriamo un fatto è chiaro che anche in questa considerazione nostra esso non è che un modo di essere di un fatto e nella nostra mente non è un fenomeno di per sè stante.

Questa considerazione basta dunque ad escludere che il tempo sia un fatto giuridico per sè considerato e ci deve indurre a ricercare quali siano realmente i fatti che hanno importanza giuridica in questi casi in cui si parla di efficacia giuridica del tempo. Nel caso della decadenza o temporalità del diritto il tempo è considerato in rapporto alla durata degli effetti di un fatto giuridico; un certo fatto produce conseguenze giuridiche per un tempo determinato, oltre il quale le conseguenze cessano e si ha perciò decadenza del diritto. Qui sono considerati nel tempo gli effetti giuridici; il fenomeno del prodursi di certi effetti dura un certo tempo.

Nel caso della prescrizione estintiva si con

---

(1) E. Kant. Critica della ragione pura. vol. I° Parte I^a^ sezione II^a^ §6a

sidera il tempo in relazione ad un fatto, da cui deri_
va la estinzione del diritto; un certo fatto prolunga_
to per un certo tempo produce la fine di un rappor_
to giuridico.

Nella prescrizione acquisitiva o usucapione il tempo è considerato in relazione ad un fatto che pro_
duce l'acquisto di un diritto, un certo fatto prolunga_
to per un certo tempo fa sorgere un rapporto giuri_
dico.

Adunque non è mai il tempo in sé, ma è certo un fenomeno considerato nel tempo che viene in questione. E dobbiamo confessare che i casi citati in cui un fenomeno viene considerato nel tempo dal dirit_
to, non sono i soli, perchè non vi è, si può dire, norma giuridica, i cui fatti non siano considerati nel tempo. Noi crediamo per ciò che questo concetto del tempo co_
me causa di effetti giuridici debba essere abbandonato, e che vano sia il voler costruire una teoria generale del tempo come fatto giuridico.

Pertanto noi crediamo che la teoria della de_
cadenza, ossia l'istituto della temporalità dei diritti non possa accomunarsi in alcun modo con la teo_
ria della prescrizione. I diritti temporanei non sono che una sottospecie dei diritti; come vi sono diritti con_
dizionali, così vi sono diritti a termine e fra i diritti a termine vi sono i diritti a termine estintivo. Al con_
trario nella prescrizione abbiamo semplicemente una nuova consacrazione del principio che il diritto proteg_

ge lo stato di fatto: la prescrizione non è altro che la trasformazione nello stato di diritto dello stato di fatto prolungato per un certo tempo. La teoria della prescrizione appartiene dunque alla teoria dei fatti giuridici, mentre la teoria della decadenza dovrebbe piuttosto appartenere alla dottrina delle modalità dei rapporti giuridici.

Occupandoci qui noi dei fatti giuridici, diremo qualche cosa soltanto della prescrizione, di cui abbiamo pertanto già stabilito la profonda differenza che la divide dall'istituto della temporalità dei diritti o decadenza.

Qual è il fatto giuridico che la legge prende in considerazione nella prescrizione? Non già il decorso del tempo; dunque nella prescrizione estintiva, l'inazione dal titolare del diritto prolungata per un certo tempo, nella prescrizione acquisitiva, il possesso. Ma l'inazione del titolare del diritto, il non uso del diritto, è uno stato di fatto che corrisponde alla non esistenza del diritto; è la non esistenza di fatto del diritto. Il diritto c'è, ma di fatto è come non esistesse. Nella prescrizione acquisitiva c'è il possesso; vale a dire non c'è il diritto reale, ma c'è l'esercizio di fatto del diritto reale, il che significa vi è uno stato di fatto corrispondente all'esistenza di un diritto reale.

Da questa constatazione molto semplice derivano due conseguenze importanti: 1°) la sostanziale unità dei due istituti della prescrizione estintiva

e acquisitiva, che molti giuristi a torto considerano di-
stinti; 2°) la comune base dei due istituti in cui si
ha uno stato di fatto che si trasforma in stato di di-
ritto: lo stato di fatto è, nel caso della prescrizione e-
stintiva, la non esistenza del diritto, nel caso della
prescrizione acquisitiva, la esistenza del diritto.

La prescrizione in materia commerciale of-
fre alcune particolarità notevoli, in confronto della pre-
scrizione in materia civile. È chiaro che si tratta sem-
pre dello stesso istituto giuridico, che il diritto commer-
ciale regola in modo alquanto differente, appunto per
le particolari esigenze del commercio.

Le disposizioni speciali del codice di commer-
cio sulla prescrizione (art.li 915-926) costituiscono altret-
tante deroghe alle disposizioni del codice civile. An-
che qui non abbiamo una disciplina completa ed or-
ganica dell'istituto, ma una disciplina frammen-
taria, che presuppone quella del diritto civile. Le nor-
me dunque nel codice civile sulla prescrizione val-
gono anche in materia commerciale, in quanto il co-
dice di commercio non vi abbia derogato. In que-
sta materia solo le leggi commerciali possono avere
virtù di dare vita ad una norma speciale per la ma-
teria di commercio; gli usi non possono formare il
contenuto di norme di dir. comm. perchè la materia
della prescrizione è d'ordine pubblico e regolata quin-
di da norme imperative che non ammettono la forma-
zione degli usi. In quanto perciò la legge commer-

ciale non disponga, si applicherà senz'altro il diritto civile. Il richiamo esplicito che l'art. 916 fa alle norme del diritto civile sull'interruzione della prescrizione non significa affatto che le altre norme del diritto civile non siano applicabili. Quel richiamo non ha alcun significato particolare e non fa che ribadire il principio, già sancito dall'art. 1° del codice di commercio e che deriva dalla stessa natura del diritto commerciale come diritto speciale o eccezionale. Ma poiché norme speciali nella prescrizione in materia di commercio vi sono, e sono assai importanti, bisogna stabilire quale è la materia di commercio agli effetti di applicare la prescrizione comm.le Il problema si risolve molto semplicemente affermando che la materia commerciale rispetto alla prescrizione è quella che noi abbiamo stabilito in generale essere la materia di commercio: cosicché è materia di commercio ogni rapporto derivante da un fatto o da uno stato di fatto qualificato commerciale dalla legge, tanto se il rapporto è unilateralmente commerciale quanto se è bilateralmente commerciale. La disposizione che considera materia di commercio anche i rapporti unilateralmente commerciale all'art. 54 cod. di commercio è espressamente ribadita nell'art. 916. Il quale va perciò interpretato nello stesso modo dell'art. 54 e comprende non solo, come apparirebbe dalla lettera della legge, i rapporti derivan-

ti da atti contrattuali, ma tutti i rapporti unilateralmente commerciali, derivino essi da un contratto, o da un negozio unilaterale, o da un fatto illecito o anche da uno stato di fatto commerciale. E egualmente è materia di commercio tanto il rapporto commerciale per sè, come il rapporto commerciale per ragioni di connessione. E per questa ragione si deve considerare materia di commercio il rapporto, che si costituisce fra il debitore e il creditore, il quale mediante un atto commerciale, in frode al debitore, diminuisce il proprio patrimonio. Se pure dunque il rapporto di credito non era originariamente commerciale, l'azione diretta ad ottenere la revoca dell'atto commerciale compiuto in frode al creditore, diventa commerciale.

Vediamo ora in che cosa consista la disciplina speciale della prescrizione in materia commerciale.

A) Le norme più importanti riguardano la <u>durata</u> della prescrizione. Mentre la durata ordinaria della prescrizione in materia civile è di 30 anni (cod. civile art. 2135) la durata della prescrizione ordinaria in materia commerciale è di soli 10 anni (cod. di comm. art. 917). Le ragioni per cui la legge ha stabilito una più breve prescrizione in materia di commercio, sono svariate. Bisogna notare anzitutto che è una tendenza naturale della legislazione quella di abbreviare la du-

rata della prescrizione: e probabilmente se si dovesse venire oggi ad una revisione del codice civile sarebbe abbreviata la durata della prescrizione anche in materia civile. Col raffinarsi della civiltà, progrediscono anzitutto anche i mezzi di comunicazione e aumenta la possibilità di essere informati rapidamente di ciò che avviene anche lontano da noi, e di provvedere, pure da lontano, ai nostri interessi. Cosicchè oggi occorre una durata assai più breve perchè uno stato di fatto si convalidi ed appaia agli occhi di tutti come pienamente corrispondente allo stato di diritto. Si può dire che col progredire della coltura e della civiltà il valore del tempo aumenti, e corrispondentemente diminuisca il tempo necessario a trasformare lo stato di fatto in istato di diritto di fronte alla coscienza universale. In materia commerciale a queste ragioni altre se ne aggiungono. Dobbiamo ricordare la rapidità con cui si formano e si liquidano gli affari commerciali; la vita del commercio è molto più rapida ed intensa che non quella civile. Inoltre si deve tenere presente la maggior coltura di coloro che si occupano di commercio, e la cura più vigile che essi hanno dei propri interessi di modo che può dirsi che in materia commerciale il tempo ha un valore maggiore che in materia civile. E la abbreviazione della prescrizione, che ne consegue, è destinata probabilmente in avvenire ad accentuarsi sempre di più.

Già ora si vede la tendenza verso una tale riduzione; infatti il codice di commercio stabilisce delle prescrizioni minori di dieci anni per una quantità di rapporti, che comprendono una parte cospicua della materia commerciale; in tema di società, di cambiali, di assicurazioni, di trasporti. Con ogni probabilità, la prescrizione ordinaria civile,- in una futura revisione dei codici - sarà portata a dieci anni e quella commerciale a cinque.-

A proposito della durata della prescrizione commerciale sorgono alcune interessanti questioni a cui accenneremo brevemente. Si domanda in primo luogo se le disposizioni del codice di commercio sulla prescrizione e precisamente quella dell'art. 917 sulla durata della prescrizione ordinaria in materia commerciale si applichi soltanto alla prescrizione estintiva o anche alla prescrizione acquisitiva.

Noi crediamo che vi sia una prescrizione acquisitiva commerciale così come vi è una prescrizione estintiva. La disposizione dell'art. 917 è generica: dice la legge che la prescrizione ordinaria in materia commerciale si compie col decorso di dieci anni in tutti i casi, pei quali non sia stabilito una prescrizione più breve. Ora, nel sistema del nostro diritto positivo, la prescrizione è un istituto unico, che anche il codice civile considera da un punto di vista generale. L'art. 2135

del codice civile definisce genericamente la prescrizione come un mezzo per cui col decorso del tempo e sotto condizioni determinate, taluno acquista un diritto o è liberato da obbligazione. E per chi penetra appena a fondo nella struttura giuridica di questo istituto, la sostanziale unità delle due forme in cui esso si manifesta appare evidente. Abbiamo veduto che in ambedue i casi si ha lo stesso fenomeno giuridico della trasformazione di uno stato di fatto in stato di diritto, e che l'unica differenza sta nella diversa natura dello stato di fatto, a cui la legge riconosce effetti giuridici, giacchè nella prescrizione acquisitiva esso consiste nell'esercizio di fatto di un diritto, che non esiste, e nella prescrizione estintiva nel non esercizio di fatto di un diritto, che esiste. Si ragiona pertanto semplicisticamente quando dalle differenze vere, ma secondarie, tra i due istituti si vuole argomentare la loro differenza sostanziale.

Ma se legislativamente e scientificamente la prescrizione estintiva e acquisitiva si possono ricondurre ad un unico principio generale, ne consegue che quando la legge disciplina giuridicamente la prescrizione, ambedue le forme di questo istituto si devono ritenere disciplinate, e quindi le norme che valgono per la prescrizione estintiva hanno valore anche per quella acquisitiva. È un argomento di gran peso a prova della esistenza di una pre-

scrizione acquisitiva commerciale, si desume dall'art. 918 cod. di commercio, il quale stabilisce espressamente che la prescrizione acquisitiva della proprietà della nave si matura in dieci anni, e riduce a cinque questa durata quando si tratta di un possessore di buona fede.

Contro questa interpretazione furono mosse alcune obbiezioni, certamente serie, ma non insuperabili.

1º Si è detto, anzi tutto, che dai lavori preparatori risulta chiarissima la intenzione del legislatore di non modificare per nulla il regime della prescrizione acquisitiva consacrato dal codice civile. Durante i lavori preparatori del codice di commercio fu espresso esclusivamente il proposito di raccoglier in un unico titolo le disposizioni sopra la prescrizione, sparse nei vari titoli del codice precedente, che riguardavano tutta la prescrizione estintiva.

2º Si è detto ancora che il codice di commercio non ha alcuna norma sulla prescrizione acquisitiva, anzi, mentre l'art. 2135 del codice civile menziona espressamente tanto le azioni reali quanto le personali, l'art. 917 del codice di commercio dice semplicemente che la prescrizione ordinaria, in materia commerciale, è di dieci anni. E della prescrizione acquisitiva si occupa bensì, ma soltanto a proposito della usucapione della proprietà delle navi (art. 917): la menzione speciale della prescri-

zione acquisitiva, in questo caso, dimostra che per gli altri la legge commerciale si è rimessa al diritto civile.

3º Se si ammettesse, si prosegue, che la prescrizione acquisitiva, in materia commerciale, dovesse ritenersi ridotta a dieci anni, verrebbe meno la distinzione fra il caso di possesso di buona fede e quello di possesso di mala fede. Mentre in diritto civile il possessore di buona fede prescrive in dieci anni, in confronto di quello di mala fede, che prescrive in trent'anni, in materia commerciale non vi sarebbe alcuna distinzione.

4º In virtù dell'istituto della unione dei possessi (accessio possessionis), il possessore attuale può aggiungere al proprio il possesso del suo autore per completare l'usucapione (codice civile art. 693). Ora posto che la durata della prescrizione acquisitiva in materia civile sia diversa da quella commerciale, come si farebbe a computare il tempo necessario a prescrivere in caso di unione dei possessi, quando uno dei possessori avesse posseduto a titolo civile e l'altro a titolo commerciale? Se la congiunzione dei possessi non si fa e si richiede sempre il decennio per il possessore a titolo commerciale e il trentennio per quello a titolo civile, si va contro il disposto dell'art. 693 del codice civile. Se, invece, la congiunzione si

fa, non si sa come calcolare gli anni del possesso civile e quelli del possesso commerciale. Se, per esempio, dopo nove anni di possesso commerciale, si fa luogo al possesso civile, quei nove anni si computeranno come nove decimi della prescrizione commerciale, oppure come nove anni della più lenta prescrizione civile? E se un possessore a titolo civile possiede da vent'anni e vende l'immobile a un commerciante, come si considereranno quei venti anni trascorsi rispetto al possesso commerciale?

Queste le obbiezioni mosse specialmente dal Vivante [1] e la cui gravità non si può disconoscere.

Tuttavia a noi sembra che queste difficoltà si possano vincere.

1º) L'argomento dedotto dai lavori preparatori è in verità di tutti il meno grave. I lavori preparatori non dicono nulla, sulla prescrizione acquisitiva. Ma se si considerano nella loro connessione, si dovrebbe anzi giungere ad una conclusione opposta; che essi non solo non contengono nulla contro l'ammissibilità di una prescrizione acquisitiva commerciale, ma attestano della intenzione di coloro che prepararono la vigente legislazione commerciale, di non distinguere fra prescrizione estintiva e acquisitiva.

---

(1) Vivante Trattato vol. IIIº Num. 2212.

Negli atti della commissione del 1869 è detto: "Le disposizioni del capo II° della prescrizione contengono altrettante derogazioni ai principi stabiliti nel titolo XXVIII libro III del Codice civile e perciò devono seguire un ordine corrispondente a quello ivi adottato. Da ciò deriva che le norme speciali riguardanti la prescrizione ordinaria commerciale e le prescrizioni più brevi, debbono essere precedute dalle norme generali che riflettono la istituzione in sè stessa e le cause d'interruzione o d'impedimento della prescrizione."[1] E a proposito della durata della prescrizione, la commissione stessa, all'atto in cui stabiliva in dieci anni la durata della prescrizione commerciale ordinaria, si richiama alle eccezioni stabilite nello stesso progetto di codice, relative a prescrizione di più breve durata e in prima linea ricordava la prescrizione acquisitiva rispetto alla proprietà delle navi.[2]

Ora, è chiaro che, se la commissione fra le eccezioni ha considerato un caso di prescrizione acquisitiva, si è voluta, anche per la regola, riferire a questo caso.

2° Neppure sussiste il preteso silenzio del codice di commercio. Perchè, al contrario, il codice ha

---

(1) Atti della commissione del 1869 in Castagnola e Gianzana Fonti e motivi. Vol. II pag. 304.

(2) Castagnola e Gianzana. Opera citata.

nell'art. 917 una disposizione concepita in termini generali: "La prescrizione ordinaria in materia commerciale si compie col decorso di dieci anni." E se non menziona, come l'art. 2135 del codice civile, distintamente le azioni reali e le azioni personali, ciò avviene, perchè invece di riferirsi specificamente alle azioni, parla genericamente di prescrizione. E non vale il dire che l'art. 2135 contiene l'inciso "senza che possa in contrario opporsi il difetto di titolo o di buona fede," con cui si fa richiamo esplicito alla prescrizione acquisitiva, mentre l'art. 917 del codice di commercio non contiene più tale richiamo. Si dimostra solo con questa obiezione che il codice di commercio non regola ex integro l'istituto della prescrizione; ma contiene solo eccezionali modificazioni alle norme del codice civile; e che per tanto l'art. 917 si è limitato a disporre su quel punto in cui il diritto commerciale si allontana dal diritto civile, circa la durata della prescrizione. Per tutto il resto non era necessario ripetere ciò che il codice civile aveva già stabilito. Il silenzio della legge commerciale non è che un richiamo al diritto civile. Quanto alla disposizione dell'art. 918, che regola la prescrizione acquisitiva in materia di proprietà delle navi, essa si giustifica ampiamente, poichè con questo articolo si riduce la durata della prescrizione a cinque anni, quando vi sia giusto titolo e buona fede. Anzi il fatto che una disposizione sulla prescrizione ac-

quisitiva vi sia nel codice di commercio, dimostra che il concetto di una prescrizione acquisitiva commerciale rientra perfettamente nel quadro della prescrizione, qualè è regolata dal codice di commercio.

3º È vero che, stabilendo in dieci anni la durata della prescrizione acquisitiva commerciale, si viene a eliminare la distinzione fra possessore di buona e di mala fede. Ma ciò non significa nulla contro la tesi da noi sostenuta. Al legislatore commerciale è sembrata troppo lunga la durata del termine di trent'anni della prescrizione civile, e poichè questo termine valeva unicamente per la prescrizione in caso di possesso legittimo, ma di mala fede, l'abbreviazione della durata della prescrizione è stata fatta appunto riguardo a questo tipo di possesso. Rispetto al possesso di buona fede non si è ritenuta necessaria una innovazione, perchè i dieci anni del codice civile sono sembrati un giusto termine. E se in tal modo si veniva a privare di un trattamento di favore il possessore di buona fede, non pare che l'inconveniente d'ordine, in ogni caso, più morale che giuridico, sia tale da indurre a una interpretazione che va contro il testo esplicito della legge.

4º In fine gli inconvenienti che derivano dal calcolo del tempo nel caso dell'unione dei possessi, si superano computando ciascun possesso per quello che è effettivamente. In altri termini ogni posses

so si regola secondo la sua legge. In tal modo, quando a un possessore a un titolo civile succede un possessore a un titolo comm.le, agli effetti della prescrizione commerciale il possesso civile si ridurrà a una parte proporzionale della prescrizione comm.le uguale a quella che esso rappresentava rispetto alla prescrizione civile. E viceversa, quando a un possessore commerciale succede un possessore civile, il possesso si computerà, agli effetti della prescrizione civile, per una durata proporzionale, uguale a quella che esso aveva rispetto alla prescrizione commerciale. Così, ad esempio, una persona ha posseduto civilmente per dieci anni; il nuovo acquirente, che possiede in base a un atto di commercio, computerà a suo favore il tempo trascorso della prescrizione e quindi avrà bisogno ancora di due terzi del tempo stabilito per la prescrizione, soltanto che questi due terzi si calcoleranno sulla prescrizione commerciale. E al contrario se taluno ha posseduto commercialmente per cinque anni, il nuovo possessore a titolo civile si computerà a suo favore la metà della prescrizione e avrà bisogno, quindi, ancora dell'altra metà della prescrizione computata però sulla durata della prescrizione civile, cioè di quindici anni.

Oltre la prescrizione ordinaria di dieci anni, si hanno, in materia commerciale, delle prescrizioni più brevi.

Si prescrivono col decorso di cinque anni:

1º le azioni derivanti dal contratto di società o dalle operazioni sociali, qualora siano state eseguite regolarmente le pubblicazioni prescritte dalle leggi (art. 919 n. 1)

2º le azioni derivanti dalle cambiali e dagli assegni bancarii (art. 919 n. 2)

3º l'azione per rivendicare la proprietà della nave, quando chi possiede sia di buona fede e abbia ricevuto la nave in base a un titolo debitamente trascritto e formalmente valido (art. 918).

Si prescrivono col decorso di tre anni le azioni derivanti dai contratti di prestito a cambio marittimo o di pegno sulle navi (art. 920).

Si prescrivono col decorso di due anni le azioni dei mediatori per il pagamento del diritto di mediazione e le azioni di risoluzione e di annullamento del concordato dei fallimenti (art. 922).

Si prescrivono col decorso di un anno

1º le azioni di risarcimento dei danni cagionati dall'urto di navi. (art. 923).

2º le azioni per contributo di avaria comune (art. 923)

3º le azioni derivanti da contratto di noleggio (art. 924)

4º le azioni derivanti dal contratto di assicurazione (art. 924)

5º le azioni derivanti dal contratto di arruolamento. (art. 924).

6º le azioni derivanti dalla somministrazione di vettovaglie e di altre cose necessarie allo allestimento della nave (art. 925)

7º le azioni derivanti dal contratto di trasporto, quando la spedizione sia fatta in paesi estra europei (art. 926)

Si prescrivono col decorso di sei mesi le azioni derivanti dal contratto di trasporto, quando la spedizione fu fatta in Europa, eccettuate la Islanda e le isole Feroe, in una piazza marittima dell'Asia o dell'Africa sul Mediterraneo, sul mar Nero, sul canale di Suez, o sul mar Rosso, ovvero in una piazza interna congiunta ad una delle marittime anzidette mediante strada ferrata (art. 926).

Queste prescrizioni più brevi fanno sorgere qualche dubbio sulla loro natura. Noi sappiamo infatti che le prescrizioni brevi del codice civile (art 2135 e seg.) non hanno carattere veramente estintivo, ma semplicemente presuntivo, perchè l'art. 2142 del codice civile consente che coloro, a cui sono opposte tali presirizioni, possono deferire il giuramento per accertare se realmente ha avuto luogo la estinzione del debito. Non si tratta qui di vere prescrizioni, ma di semplici presunzioni di pagamenti, i quali ammettono una sola prova contraria: quella

derivante dal giuramento. Invece le prescrizioni più brevi del codice di commercio sono vere prescrizioni estintive. Sarebbe erroneo il richiamarsi all'art. 1 del codice di commercio per applicare anche ad esse la disposizione dell'art. 2142 del codice civile, e ritenerle prescrizioni presuntive. L'applicazione dell'art. 2142 è esclusa dal fatto che la legge commerciale annovera queste prescrizioni vere e proprie e con ciò dispone in materia, mentre è noto che il diritto civile si applica solo quando la legge commerciale non dispone. La soluzione data a tale dubbio ci conduce a esaminare e a risolvere un'altra questione che si presenta in questa materia. Si può dubitare se avendo il codice di commercio stabilito una prescrizione ordinaria commerciale e aggiunto poi ad essa altre prescrizioni speciali molto più brevi, non si debba per avventura ritenere che la materia della prescrizione sia stata completamente regolata dal cod. di commercio così che in materia di commercio non valgono le prescrizioni brevi presuntive stabilite dal cod. civ. Ora questa sarebbe una conclusione inesatta. La materia della prescrizione è regolata dal codice di commercio in modo incompleto. Anzi il codice si occupa esclusivamente della prescrizione vera e propria e niente affatto della prescrizione presuntiva, che è

un istituto speciale e si riferisce più alla materia delle prove che a quella della prescrizione. Dobbiamo dunque ritenere che le norme del codice civile riguardanti le prescrizioni più brevi si applicano anche in materia commerciale. E in questa opinione ci conferma l'articolo 917 del codice di commercio, che, stabilendo in dieci anni la prescrizione in materia commerciale, fa salvi tutti i casi in cui e nel codice di commercio e in altre leggi sia stabilita una prescrizione più breve.

Una questione di grande importanza teorica e pratica si presenta spesso in materia di prescrizione commerciale ed è la seguente: qual'è la durata della prescrizione del giudicato in materia commerciale? Si applicherà la prescrizione decennale commerciale o la trentennale civile? Coloro i quali sostengono che l'azione derivante dal giudicato commerciale deve regolarsi agli effetti della prescrizione, secondo il codice di commercio, si riferiscono alla natura puramente dichiarativa della sentenza. Si dice: se la sentenza, come nel diritto moderno non si può dubitare, ha solamente l'effetto di dichiarare il diritto; ciò che si fa valere dopo la sentenza non è che il diritto preesistente; e se preesiste un diritto di natura commerciale la prescrizione applicabile sarà quella commerciale.

Malgrado che questo argomento appaia difficilmente contestabile (1), la opinione prevalente,

(1) Vedi specialmente la monografia del Fadda, La pre

specie in giurisprudenza, ritiene l'applicabilità dell'ordinaria prescrizione civile di trent'anni all'azione derivante dal giudicato commerciale.

Che praticamente questa sia la sola soluzione possibile, appare subito dai grandissimi inconvenienti pratici a cui si andrebbe incontro se si ammettesse la opinione contraria. Quando si è ottenuta una sentenza del magistrato, si vuol essere tranquilli e si ha diritto di esserlo: ora di fronte alle brevissime prescrizioni commerciali di un anno, di due anni, perfino di sei mesi, il tempo dato, a chi ha ottenuto l'accertamento giudiziale del proprio diritto, per realizzarlo sarebbe ridotto in maniera eccessiva e poco pratica. Noi crediamo che la giurisprudenza prevalente abbia ragion che l'argomento desunto dalla natura dichiarativa della sentenza non sia decisiva. Bisogna ricordare che tanto nel processo di cognizione, quanto in quello di esecuzione non si fa valere un diritto privato contro l'altra parte, ma si fa valere un diritto pubblico verso lo Stato, chè tale si deve considerare il diritto di azione. La prescrizione, quale è regolata dal diritto civile, non riguarda, a vero dire, l'azione, cioè il diritto processuale di rivolgersi agli organi giudiziari, ma riguarda il diritto materiale. E se inesattamente si parla spesso di prescrizione dell'azione,

---

scrizione del giudicato commerciale nel Filangezi 1908.

ciò dipende dai ricordi della compenetrazione fra diritto e azione, che si verificava in altri stadi dell'evoluzione giuridica, quando il processo e il giudizio avevano ancora natura prevalentemente privata, e la realizzazione giudiziaria del diritto risentiva dell'antica autodifesa. Ma nel diritto moderno, affermatosi il carattere pubblico, cioè statale, del processo e del giudizio, l'azione si è separata dal diritto ed è diventata un diritto soggettivo per sè stante e la prescrizione dei codici del diritto privato si riferisce al diritto materiale e non all'azione.

Se dunque, nel processo di cognizione il problema della prescrizione viene in campo, ciò accade perchè, accertandosi l'esistenza del diritto, si deve necessariamente decidere se esso ancora è in vita o se è estinto per prescrizione. Ma superato lo stadio di cognizione, accertata l'esistenza del diritto, il problema della prescrizione non si pone più; perchè ormai una sentenza ha incontestabilmente dichiarato che il diritto esiste.

Non è dunque, che al diritto accertato, dopo la sentenza, si possa applicare una prescrizione piuttosto che l'altra, quella civile piuttosto che quella commerciale; dopo la sentenza non si può più discutere di prescrizione del diritto materiale. Se di prescrizione si può parlare, questo riguarda in ogni caso non più il diritto materiale, ma il diritto di azione, cioè il diritto soggettivo pubblico, che il cittadino ha di rivolgersi

allo Stato per ottenere giustizia. Questo diritto veramente non si esaurisce con lo stadio di cognizione; non è solo diritto alla sentenza, è anche diritto alla esecuzione forzata. Ma evidentemente il diritto d'azione, appunto perchè non è un diritto privato, non è nè civile, nè commerciale e non si può discutere se ad esso si debba applicare la prescrizione del codice civile o quella del codice di commercio.

Il problema è totalmente diverso; si tratta di vedere se i diritti pubblici siano suscettibili di prescrizione come i diritti privati; problema grave, a cui si può dare una risposta affermativa, ritenendo la prescrizione un istituto di carattere generalissimo, comune tanto al diritto pubblico quanto al diritto privato. Ma in mancanza di una disposizione speciale della legge, e dovendosi procedere per analogia, è chiaro che si dovrà applicare per analogia la disposizione del codice civile e ritenere che nel campo del diritto pubblico la prescrizione ordinaria sia di trenta anni. In conclusione, se si vuol ritenere prescrittibile l'azione derivante dal giudicato, le si dovrà applicare la prescrizione trentennale.

Un'ultima questione, molto importante, riguarda le clausole contrattuali che hanno per oggetto il decorso della prescrizione. Si domanda: è lecito ai privati contrattare circa il decorso della prescrizione?

Per quel che riguarda la prescrizione già

decorsa non vi è dubbio alcuno: ad esso si può rinunciare, perchè l'eccezione di prescrizione non può essere rivelata d'ufficio dal giudice, ma deve essere proposta dalle parti: quindi testualmente l'art. 2107 del codice civile ammette che si possa rinunciare alla prescrizione compiuta.

Per la prescrizione non compiuta il problema si pone in un modo differente. Intanto non è dubbio che tutte le convenzioni, le quali tendono allungare la prescrizione, siano nulle: nel diritto di rinunciare alla prescrizione, prima che sia compiuta, è implicito il diritto di allungarne i termini.

Il dubbio sorge invece, quando si pattuisca non già un allungamento, ma una abbreviazione della prescrizione. Per quanto la questione sia disputabile e vi siano scrittori, come il Giorgi e il Vivante, i quali ritengono che si possa abbreviare la prescrizione con convenzioni private, noi crediamo che ciò non sia possibile. E questo per una ragione assai semplice. La materia della prescrizione specialmente per quello che riguarda la durata di essa, è ispirata all'interesse generale. Il principio, su cui si basa l'istituto della prescrizione, è quello di riconoscimento dello stato di fatto. Il diritto non vuole che i rapporti restino lungamente incerti e, poichè il suo scopo supremo è la conservazione della pace sociale, non vuol perpetuare le controversie. Ora, se questo è il fondamento dell'istituto della prescrizione, si capisce come il tempo necessario

a prescrivere non possa essere oggetto di contrattazione fra i privati, ma sia un elemento la cui valutazione va rimessa al legislatore. È il diritto che stabilisce la durata della prescrizione, per motivi che sono superiori alla volontà privata e si riferiscono all'interesse pubblico, ispirandosi a una giusta conciliazione fra due interessi opposti: quello della giustizia assoluta, che vuol attribuire a ciascuno il suo, e quello dell'ordine sociale, che richiede non si discuta di nuovo sopra un assetto ormai stabilito. I privati non possono sostituire i propri apprezzamenti a quelli del legislatore, nè prolungando, con l'allungamento della prescrizione, uno stato d'incertezza, che la legge vuole scansare; nè, in certo modo, alterando, coll'abbreviazione della prescrizione, quei rapporti, che la legge vuole siano consolidati per un certo tempo, affinchè lo stato di fatto, da essi creato, possa trasformarsi in uno stato di diritto.

CAP. IV°

Realizzazione dei rapporti giuridici commerciali

§23 Considerazioni generali.

Nella vita del diritto l'osservanza spontanea della norma, da parte degli obbligati, si può dire la regola. Sotto l'influsso di molteplici cause, come la forza del sentimento giuridico, quella della tradizione e dell'imitazione, il timore della sanzione e della coazione, colui al quale il diritto impone una determinata condotta, nella grandissima maggioranza dei casi vi si assoggetta spontaneamente. Di regola, pertanto, i rapporti giuridici sono realizzati per opera dello stesso soggetto passivo, ossia dell'obbligato.

Ma è da prevedere il caso che ciò non avvenga. In questa ipotesi, alla realizzazione volontaria del diritto si sostituisce la realizzazione forzata. Della quale occorre particolarmente occuparsi, perchè appunto nella possibilità dell'uso della forza (coazione) sta una delle caratteristiche essenziali del diritto, e l'ordinamento della realizzazione forzata dei rapporti giuridici costituisce uno degli istituti giuridici più importanti.

Non occorre qui occuparsi di tutto questo importantissimo tema, ma solo della parte che concerne i rapporti commerciali, rispetto a cui non mancano alcune particolarità interessanti.

La realizzazione dei diritti può avvenire in due forme. La forma più comune, allo stato odierno della evoluzione giuridica, quella perciò che ci appare come la più naturale, è la realizzazione giudiziaria.

Tuttavia nè storicamente, nè logicamente essa è la prima ad apparire. Invece, nella evoluzione della società e del diritto, la realizzazione dei rapporti giuridici appare dapprima come affidata alla forza privata del titolare stesso del diritto; in altri termini il sistema <u>dell'autodifesa</u> precede quello della difesa giudiziaria del diritto.

Nelle società primitive ancora scarsamente organizzate, in cui debole e malcerta è l'autorità dello Stato, e in cui pertanto questo non ha ancora rivendicato a sè completamente la funzione di organo specifico del diritto, vige, come regola, il sistema della difesa privata. La quale non è soltanto realizzazione di un diritto preesistente, ma in fondo anche affermazione del proprio diritto. L'individuo e il suo gruppo, legato a lui in un vincolo di stretta solidarietà tutelano da sè i propri interessi. Si tutelano

entro i limiti segnati dal primitivo costume indistinto e li realizzano nella misura delle forze di cui dispongono. In progresso di tempo l'autorità dello Stato si consolida e comincia la lotta secolare dello Stato contro gli individui e i gruppi e contro la consuetudine di farsi giustizia da sé. In questa lotta lo Stato comincia coll'interporsi come paciere e costringe i privati a deferire ad arbitri le loro controversie; donde il carattere semiprivato della primitiva procedura, di cui restano larghe tracce, ad esempio, nel processo romano classico. In fine lo Stato afferma la sua autorità; bandisce sempre più la consuetudine come fonte di diritto, rivendicando a sé la funzione di porre le norme giuridiche e vieta la difesa privata, interponendosi fra i singoli non più come arbitro o paciere, ma come amministratore della giustizia. Alla realizzazione del diritto per opera del privato si sostituisce la realizzazione del diritto per opera dello Stato: alla difesa privata la difesa giudiziaria del diritto.

Tuttavia è naturale che residui del sistema primitivo permangono anche nelle legislazioni moderne.

Nel diritto italiano la difesa privata è in principio proibita, e nel codice penale (art 235-36) è considerato reato e punito il fatto di chi si fa ragione da sé medesimo.

Ma se il diritto della difesa privata è

la regola, non mancano le eccezioni.

La prima e più generale eccezione è costituita dal diritto riconosciuto generalmente al privato di difendersi contro una violenza attuale ed ingiusta. Il diritto di respingere la forza con la forza, in base al principio "vim vi repellere licet", deve ritenersi generale ed una delle sue più importanti applicazioni è l'istituto della legittima difesa (Codice penale art. 49 n 2 e 3), per cui fatti che per sè sarebbero reati cessano o di essere tali, quando sono compiuti con lo scopo di allontanare da sè una violenza attuale ed ingiusta.

Una seconda ed importantissima eccezione è rappresentata dalla facoltà, che in taluni casi la legge concede al privato, di realizzare, con la propria forza, il diritto già violato; cioè di soddisfare da sè il proprio diritto a cui l'obbligato nega soddisfacimento.

Queste due forme di difesa privata differiscono solamente in ciò, che nel primo caso la forza privata è adoperata per prevenire la violazione del diritto, mentre nel secondo essa è adoperata per reintegrare il diritto; ma ambedue le ipotesi hanno questo di comune che il soddisfacimento del diritto è in tutte e due ottenuto per opera dello stesso titolare: la differenza sta nei modi del soddisfacimento, dovuta alla diversità delle cause che questo soddisfacimento impediscono. La vera e grande differenza fra le

due figure giuridiche sta in ciò, che mentre la difesa contro la violenza è ammessa come principio generale, la realizzazione di un diritto già violato o minacciato da cause diverse dalla violenza, rappresenta una eccezione che deve esser volta per volta consentita dalla legge.

Diremo dunque prima della realizzazione privata dei diritti in materia commerciale, ammessa eccezionalmente e in singoli casi; poi della realizzazione giudiziale, ossia della giurisdizione commerciale, e del processo in materia di commercio.

Sezione I^a
La difesa privata in materia commerciale e in ispecie il diritto di ritenzione.

---

§ 24 Vari casi di realizzazione privata del diritto in materia commerciale.

Nei nostri codici di diritto privato non esistono disposizioni generali sulla difesa privata, come esistono invece nel codice civile germanico (§ 227-231). Tuttavia in singoli casi è ammesso che il privato possa farsi giustizia da sé e che, specialmente, possa procurarsi da sé la realizzazione di un diritto.

Fra questi casi si citano quello dell'art. 582 del Cod. Civ.; il quale dà facoltà al proprietario di recidere <u>egli stesso</u> le radici degli alberi del vicino, che si

addentrano nel suo fondo; il caso dell'art. 713, per cui il proprietario di uno sciame di api può ricuperarlo, quando è fuggito, anche nel fondo altrui; il caso dell'art. 429 del Cod. Pen., che dichiara esente da pena chi uccide o danneggia volatili altrui sorpresi nel fondo posseduto e nel momento in cui gli recano danno; il caso della compensazione legale (art. 1286 Cod. Civ.), per cui il creditore può procacciarsi il soddisfacimento del credito mediante la estinzione di un suo debito verso il proprio debitore.

Non tutti gli scrittori sono concordi nel raffigurare in queste ipotesi casi di difesa privata. Ma istituti, in cui realmente si può ritrovare l'elemento della realizzazione del diritto per opera dello stesso interessato, si fanno nella vendita per autorità del creditore e nell'istituto della ritenzione.

A) Vendita per autorità del creditore.

In vari casi il Cod. di Comm. autorizza il creditore, che non sia sodisfatto del suo diritto e si trovi in possesso di una cosa di proprietà del debitore, di procedere alla vendita della medesima, per soddisfare sul prezzo. Non si tratta, si noti bene, di una vendita giudiziaria, ordinata cioè dal magistrato, come accade nei casi di realizzazione giudiziaria del diritto. Si tratta, invece, proprio di una vendita, che avviene per esclusiva volontà e iniziativa del creditore, il quale, in tal modo diventa strumento di realizzazione del proprio diritto.

Così, per l'art. 363 del Cod. di Comm. il mandatario commerciale che non sia soddisfatto delle anticipazioni e spese e degli interessi delle somme sborsate, nonchè della sua provvigione, può far vendere le cose di proprietà del mandante, che egli detiene per l'esecuzione del mandato. Ed egualmente per l'art. 458 del Cod. di Comm., può procedere il creditore pignoratizio per le cose sottoposte a pegno commerciale. E l'art. 68 del Cod. di Comm. autorizza il venditore, che sia restato insoddisfatto del prezzo, a far vendere la cosa rimasta presso di lui, per soddisfarsi, sopra il prezzo ricavato, del suo credito. Allo stesso modo per l'art. 413 del Cod. di Comm., il vettore, per tutti i crediti dipendenti dal contratto di trasporto, può procedere alla vendita delle cose a lui affidate per il trasporto, e se si tratta di trasporto ferroviario, la vendita può essere eseguita senza formalità. (Art: 112 delle Tariffe Ferroviarie)

Inoltre, per l'art. 168 del Cod. di Comm., le società per azioni possono procedere alla vendita delle azioni non totalmente liberate, in caso di mancato versamento delle quote tuttora dovute dall'azionista.

Salvo il caso dell'art. 112 delle Tariffe, negli altri occorre, a termini dell'art. 68 del Cod. di Commercio che viene per tutti i casi richiamato, che la vendita sia fatta al pubblico incanto, (o anche al prezzo corrente, se la cosa ha un prezzo di borsa o

di mercato), col mezzo di un pubblico ufficiale autorizzato a tale specie di atti. In questo intervento di un pubblico ufficiale nel procedimento della vendita, si è voluto da taluno riscontrare un elemento pubblicistico tale da tramutare la vendita in una vera e propria vendita giudiziaria. Si è perciò veduto in questa figura della vendita per autorità del creditore, un caso di esecuzione forzata giudiziaria.[1] Io non sono di questo avviso. Perchè vi sia espropriazione per opera di un organo dello Stato, occorre che la vendita sia autorizzata o, per meglio dire, ordinata da questo. Ciò avviene nella espropriazione forzata, in cui non si fa luogo a vendita, se non c'è un ordine del giudice (Cod. Proc. Civ. art. 623 e 666). Invece, nei casi in esame la vendita ha luogo per esclusiva volontà del creditore, che non ha bisogno nè di decisione del giudice, nè di autorizzazione; la funzione del pubblico ufficiale, che deve intervenire alla vendita, si limita a garantire le formalità del procedimento. Ma una volta che la decisione spetta allo stesso creditore, è chiaro che ci troviamo in una ipotesi di difesa privata regolata e controllata; ma l'esistenza di questi limiti e di questi controlli non è capace per sè di alterare l'esistenza dell'istituto.

B) Ritenzione.

---

(1) Bolchini nella Rivista di Diritto Commerciale 1908 pag. 492 e seg.
Montessori. Il diritto di ritenzione nella materia commerciale. n. 10 e 11.

La ritenzione consiste nella facoltà che in taluni casi è concessa al creditore, di trattenere la cosa del debitore, che già si trovi per altro titolo presso di lui, fino a tanto che il debitore non ha pagato.

L'istituto della ritenzione ha origini non ben chiare. Una dottrina molto autorevole, dovuta al Vivante e all'Urangia Tazzoli, [1] fa risalire l'origine della ritenzione all'istituto medievale delle rappresaglie, per cui ogni creditore insoddisfatto poteva sequestrare e vendere, col permesso della pubblica autorità, non solo i beni del debitore, che gli riusciva di cogliere, ma quelli altresì dei suoi famigliari e concittadini, riuniti in una solidarietà passiva a tutela del creditore. A noi non sembra che la derivazione sia sufficientemente provata, anzi i due istituti ci appaiono come sostanzialmente diversi. Nelle rappresaglie prevale il carattere politico; il diritto di rappresaglia è rivolto principalmente contro lo straniero, il quale, valendosi di questa sua qualità, si sottraeva all'impero della legge dello Stato a cui apparteneva il creditore. Si tratta in sostanza della reazione di una comunità politica contro un'altra comunità politica;

---

(1) Vivante nella Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche 1892 pag. 89; Il Diritto di Ritenzione Appendice al Vol. VI del Codice di Commercio commentato n. 2; Urangia Tazzoli Il Diritto di Ritenzione Legale. Milano 1892 pag. 126 e segg.

e in tal modo se ne comprendono gli effetti, che vanno al di là della persona del debitore e colpiscono anche i suoi famigliari e i suoi concittadini. La responsabilità collettiva di una comunità per i fatti di un singolo membro di essa, è un principio generale che regola i rapporti fra i gruppi politici nei periodi più arretrati della evoluzione giuridica. Come nota giustamente il Montessori,[1] di comune, i due istituti, della rappresaglia e della ritenzione, non hanno che questo, di essere ambedue forme di autodifesa. Ma li divide una differenza profondissima che l'una, la ritenzione, è forma di autodifesa di un cittadino contro un altro cittadino, mentre l'altra, la rappresaglia, è forma di autodifesa internazionale.

La ritenzione è indubbiamente una forma di difesa privata che, se mai, si ricollega piuttosto al pignoramento per autorità privata, così comune nel medio evo e di cui forse è ultimo residuo.

Si nega da scrittori molto autorevoli, che la ritenzione sia una specie di difesa privata, per la ragione che essa è ammessa dalla legge e pertanto chi la esercita non protegge il suo diritto col proprio arbitrio, ma con un legittimo rifiuto di dare. Questa obiezione manca di serio valore, per-

(1) Opera citata pag. 10

chè l'essenza della difesa privata non sta nell'essere u-
na attività arbitraria. Consiste essa, invece, nel fatto
che la realizzazione del diritto, anzichè essere affidata
allo Stato, è assunta direttamente dallo stesso titolare
del diritto. Il riconoscimento, da parte dell'ordina-
mento giuridico, di questa potestà dell'avente diritto
non toglie ad essa il suo carattere di autodifesa; an-
zi, nella storia di questo istituto, noi troviamo il rico-
noscimento dello Stato in forme anche più concrete; e
nella evoluzione giuridica, che dal sistema dell'auto-
difesa, conduce a quello della giustizia di Stato, si
passa, anzi, appunto per una tappa intermedia che
è quella dell'autodifesa non solo riconosciuta, ma con-
trollata e regolata.

L'essenza della ritenzione sta nella facoltà
di trattenere la cosa. La ritenzione è dunque, per
sé, una forma di coazione, che si esercita sulla vo-
lontà del debitore. Essa mira non già a realizzare
il valore del credito per equivalente pecuniario sul
patrimonio, ma a premere sulla volontà del debi-
tore per indurlo a pagare: in sostanza essa è realiz-
zazione del diritto, mediante coazione della volontà
e non già mediante soddisfacimento per equivalente
sul patrimonio. Appartiene essa, pertanto, a quelle
forme di realizzazione del diritto, come il carcere, le
multe, il bando, che sono intese a ottenere la realiz-
zazione del diritto per opera dello stesso debitore.

Da questo carattere della ritenzione deriva

che essa per sé non è un mezzo di garanzia del credito, nè un mezzo di soddisfacimento del credito sulla cosa ritenuta, ma semplicemente un mezzo di coazione della volontà del debitore. Pertanto la ritenzione va distinta: 1º dal privilegio, il quale importa una preferenza, a favore di un determinato creditore, nel concorso, che si determina fra i vari creditori, nel processo di esecuzione forzata; 2º dal diritto di espropriare il debitore della cosa e di soddisfarsi sul valore di essa, diritto che spetta in generale a ogni creditore in base agli art. 1948-49 del cod. civile e in particolare sopra una determinata cosa al creditore fornito di un pegno speciale a cui è connesso anche il privilegio.

Ma la sola facoltà di trattenere la cosa potrebbe riuscire inefficace, specialmente nel caso in cui altri creditori agiscano giudizialmente sulla cosa stessa e ne promuovano la vendita forzata: poiché al creditore, che ritiene la cosa, non spetterebbe altro diritto che di partecipare alla divisione del prezzo, perciò si è presto manifestata la necessità, per rendere efficace la ritenzione di ricongiungervi un privilegio. È appunto in questa connessione tra ritenzione e privilegio sta la particolarità più importante della disciplina di questo istituto in materia commerciale.

Mentre nei casi in cui il Cod. Civ. concede la ritenzione, a questa non è concesso di rego

la un privilegio, in materia commerciale al diritto di ritenere la cosa è invece unito il diritto di soddisfarsi su di essa con privilegio.

Una seconda particolarità importante della ritenzione commerciale, concerne il rapporto fra ritenzione ed esecuzione. In materia civile il creditore, che ritiene la cosa, non ha altra via per soddisfarsi su di essa che la ordinaria procedura di espropriazione; invece in materia commerciale il creditore che esercita il diritto di ritenzione e vuol soddisfarsi sulla cosa, può adoperare un procedimento più semplice e rapido, cioè la esecuzione per autorità dello stesso creditore, che rappresenta l'altro caso già da noi esaminato di difesa privata.

Le due forme si innestano l'una all'altra e si completano a vicenda.

Ma il rapporto di connessione che in materia di commercio si trova fra la ritenzione e il privilegio, fra ritenzione e autodifesa esecutiva, non toglie che si tratti di istituti distinti, i quali possono cumularsi coll'effetto di sommare i risultati utili per il creditore, ma che non debbono concettualmente confondersi.

Per delineare completamente la figura giuridica della ritenzione, bisogna ancora distinguerla da due altri istituti, che hanno con essa qualche punto di contatto; vogliamo dire l'exceptio non adimpleti contractus e la compensazione.

a) È noto che nei contratti bilaterali ciascun contraente ha diritto di rifiutare l'adempimento delle sue obbligazioni, quando l'altra parte ricusi di adempiere le sue. Questo diritto in taluni casi, e, precisamente quando il rifiuto del contraente, leso dall'inadempimento, concerne l'obbligo suo di consegnare una cosa, offre molti punti di analogia colla ritenzione. Pongasi, ad es, il caso del venditore, il quale non sia soddisfatto del prezzo. Egli può certamente in virtù dell'exceptio inadimpleti contractus, rifiutare la consegna della cosa e quindi trattenere presso di sé la cosa. Abbiamo così almeno apparentemente, lo stesso fenomeno della ritenzione. Tuttavia si tratta di due istituti distinti. Nell'exceptio inadimpleti contractus, taluni vedono un caso di difesa privata; il contraente leso dall'inadempimento si fa giustizia da sé rifiutando di adempiere. Anche a noi ciò sembra vero, ma questa connessione tra difesa privata ed exceptio non adimpleti contractus non toglie le differenze che sussistono fra questo istituto e la ritenzione. L'exceptio non adimpleti contractus trova il suo fondamento nella connessione che esiste fra le obbligazioni dei contraenti nei contratti bilaterali. Ogni contratto, già vedemmo a suo tempo, rappresenta la conciliazione di interessi opposti; e la volontà di ciascuno dei contraenti è rivolta appunto a realizzare questa conciliazione. Nei contratti bilaterali la con-

ciliazione avviene sulla base di uno scambio di prestazioni, e la realizzazione di questo scambio determina la volontà dei contraenti. Se, pertanto, lo scambio non si verifica perchè una delle prestazioni vien meno, la base stessa, su cui il contratto è poggiato, e il motivo, che ha determinato la volontà dei contraenti, vengono meno anch'essi; in tal che il contratto intero deve essere risoluto. Quando una delle parti rifiuta la prestazione, si crea una situazione di incertezza intorno al finale adempimento da parte sua, quindi intorno al mantenimento del contratto. In tale stato di incertezza, che può terminare anche con la risoluzione, l'ordinamento giuridico consente, al contraente leso, di rifiutare l'adempimento, in attesa che la situazione si risolva o coll'adempimento forzato o colla rescissione del contratto (art. 1165 Cod. Civile). Ora par ragionevole il ritenere questo diritto del contraente leso, il rifiutare la sua prestazione, come una forma di autodifesa, in quanto, senza attendere il giudizio del magistrato, circa l'esistenza o meno dell'inadempimento, gli è concesso di provvedere da sè alla tutela dei suoi diritti.

Ma la stessa giustificazione dell'istituto, ne dimostra la sostanziale differenza da quello della ritenzione. Nell'exceptio inadimpleti contractus il privato tutela da sè i suoi interessi, mediante un provvedimento di natura provvisoria,

giacchè la situazione creata dall'inadempimento deve necessariamente risolversi o nell'adempimento forzato o nella rescissione del contratto. Invece, nella ritenzione, l'autodifesa del privato pone in essere non già un provvedimento provvisorio, ma definitivo, in quanto trattenendo la cosa presso di sè, il creditore non mira a salvaguardare il suo diritto, in attesa di una futura soluzione definitiva, ma addirittura a realizzarlo mediante costringimento della volontà del debitore. Se un paragone è lecito colle corrispondenti forme di realizzazione giudiziale, noi potremo raffrontare l'exceptio non adimpleti contractus piuttosto al sequestro, mentre la ritenzione è paragonabile piuttosto alla esecuzione forzata.

Questa differenziazione fra i due istituti ci permette di risolvere alcuni casi dubbi. Così, ad es.; si è dubitato se il diritto del vettore di rifiutare la consegna delle cose trasportate, qualora il destinatario non paghi il prezzo del trasporto, (art. 408 Cod. di Comm.) costituisca un caso di ritenzione o un caso di exceptio non adimpleti contractus. A noi sembra che si tratti piuttosto di ritenzione, sia perchè il rifiuto di consegnare le cose non è, a propriamente dire, un rifiuto di eseguire la prestazione del vettore (prestazione del vettore, nel contratto di trasporto, è il trasporto delle cose e non soltanto la consegna dopo trasportate) sia ancora, e sopra tutto, perchè il rifiuto della

consegna ha per iscopo precisamente di costringere il destinatario di pagare il prezzo di trasporto, tanto è vero che l'art. 413 consente al vettore di ottenere la vendita delle cose trasportate, per soddisfarsi sul prezzo.

Egualmente si è dubitato, se nel diritto del venditore di rifiutare la consegna della cosa, quando il compratore non paghi il prezzo, di cui parla l'art. 1469 del Cod. Civile, debba riconoscersi un caso di ritenzione o un caso di exceptio non adimpleti contractus. A noi sembra, che la disposizione di questo articolo, più che la riconsacrazione del generale principio, per cui il contraente leso non ha obbligo di adempiere, sia riconoscimento di un diritto di ritenzione, poiché il capoverso dell'articolo riconosce al compratore il diritto di ottenere la consegna della cosa, anche quando egli sia in stato di fallimento, dando cauzione per il pagamento del prezzo. Se, dunque, il rifiuto di consegnare può portare alla cauzione, è segno che esso ha di mira l'adempimento da parte del compratore e non la risoluzione o l'adempimento forzato per opera del giudice: mira cioè a realizzare il diritto e non a salvarlo con una misura provvisoria

b) Più vicino, forse, all'istituto della ritenzione è quello della compensazione in quei sistemi legislativi, come il germanico e lo svizzero, i quali fanno dipendere la compensazione dalla vo-

lontà del creditore. In questi sistemi si dà diritto a ciascun creditore di ottenere la estinzione del proprio debito, compensandolo con un credito corrispondente; di modo che, in sostanza, il creditore viene a realizzare da sè il proprio diritto con un atto della propria volontà. Siamo, dunque, in presenza di un caso di difesa privata diretta dall'auto-soddisfacimento del creditore proprio come nel caso della ritenzione.

Ma le differenze fra i due istituti permangono e non lievi. Nella compensazione il creditore si soddisfa non già ricevendo dal debitore la prestazione, ma procurandosi un valore equivalente, mediante l'estinzione del proprio debito; si ha, quindi, una forma di soddisfacimento per equivalente. Invece, nella ritenzione, il creditore, trattenendo la cosa, mira ha ottenere il soddisfacimento del suo diritto per opera del debitore, giacchè egli esercita una coazione sulla volontà di lui. Più stretti invece sono a nostro avviso, le analogie fra la compensazione e la vendita coattiva per autorità del creditore, perchè ambedue sono forme di autodifesa, diretta al soddisfacimento per equivalente. Solo, nella vendita coattiva, il soddisfacimento si ottiene mediante alienazione di un bene del debitore; nella compensazione, mediante attribuzione al creditore

di un credito, che concentrandosi nella stessa persona del debitore, produce confusione ed estinzione.

Ma, dobbiamo avvertire, che questa concezione della compensazione, come una facoltà del creditore, non è accettata dal nostro diritto, per cui la compensazione opera in virtù di legge, (art. 1286 Cod. Civ.) indipendentemente da ogni dichiarazione di volontà del creditore. Si può perciò con molta ragione dubitare, se nel nostro diritto la compensazione rappresenti un caso di difesa privata, giacché presso di noi non è il creditore che si soddisfa, ma è la legge che lo soddisfa. Verrebbe così meno, senz'altro la principale ragione di analogia esistente fra compensazione e ritenzione.

Ma in realtà, la differenza fra i due sistemi non è poi così grande, come può sembrare a prima vista: anche nel sistema della compensazione legale occorre pur sempre che la compensazione sia invocata, che il diritto sia fatto valere. E allora la situazione non appare gran fatto diversa, giacché abbiamo sempre un creditore, che si soddisfa di un suo credito, attribuendosi un credito del debitore ed estinguendolo per confusione.

La differenza sta solo in questo, che, nel sistema della compensazione legale, il soddisfacimento ha effetto retroattivo; ma c'è sempre anche in essa un atto di volontà del creditore per ottenerla.

Dobbiamo ora vedere quale sia la <u>natura</u>

della ritenzione; se cioé, essa dia luogo a un diritto reale oppure a un diritto personale da parte del creditore, vale a dire a un diritto che si può opporre a tutti ovvero a un diritto che può farsi valere soltanto verso il debitore. A noi la questione sembra mal posta. Chi discute sulla natura personale o reale della ritenzione, parte dal supposto che la ritenzione sia un diritto per sè stante. Ora è questo proprio il punto che a noi sembra contestabile. La ritenzione non è un diritto autonomo; è un mezzo di realizzazione di un diritto; e siccome è quel mezzo specifico che consiste nella difesa privata, così esso non è che lo stesso diritto alla cui realizzazione mira, in quanto viene fatto valere con la forza privata.

È noto, che la coazione è un elemento essenziale del diritto, giacchè il diritto tende per sua natura ad esser, ad ogni costo, realizzato ed anche coll'uso della forza fisica. Questo uso della forza fisica dà luogo a un diritto autonomo, in quanto la funzione di realizzazione dei rapporti giuridici è stata assunta dallo Stato; in questa ipotesi la facoltà, che al titolare del diritto spetta, di rivolgersi, cioé, allo Stato, per ottenere il suo intervento, costituisce un diritto speciale, che è il diritto di azione. Ma diritto speciale vi è solo in quanto la realizzazione del diritto dà luogo a un nuovo rapporto giuridico fra due soggetti diversi; il titolare e lo Stato. Ma quando si rimane nel campo

della difesa privata, quando, cioè, il titolare del diritto si fa giustizia da sè, non vi è creazione di un nuovo rapporto, ma è lo stesso diritto che reagisce alla violazione e si realizza con la forza. Tanto è ciò vero che, per lunghissimo tempo, lo stesso diritto di azione fu considerato non già come un diritto per sè stante, ma come un aspetto, un momento del diritto soggettivo; è la concezione famosa di Savigny, ancor oggi da molti accettata, per cui l'azione non sarebbe che il diritto vestito di saio, il diritto in armi. Ora, se questo, sia pure a torto, si afferma dell'azione giudiziaria, a più forte ragione dovrà dirsi della difesa privata; anzi, è vero solo della difesa privata. La ritenzione, quindi, non è che lo stesso diritto di credito, in quanto si fa valere dal titolare, sopra una cosa di pertinenza del debitore.

Ora, il diritto di credito è indubbiamente un diritto personale relativo, in quanto esso conferisce la facoltà di esigere una determinata prestazione da un soggetto determinato. Sotto questo punto di vista anche la ritenzione, che mira a realizzare il diritto di credito, ha una portata personale, perchè essa tende a ottenere dal debitore, e non da altri, l'adempimento della prestazione.

Poichè colla ritenzione si mira ad agire sulla volontà del debitore, essa in tanto ha efficacia in quanto la cosa appartenga al debitore; ma se altri ha diritto su di essa, la ritenzione perde

necessariamente la sua efficacia.

Tutto quello che abbiamo detto finora, ci permette di risolvere la grave questione dell'oggetto della ritenzione. Si domanda cioè, se fra la cosa di spettanza del debitore, di cui il creditore rifiuta la consegna, e il credito, per cui la ritenzione è fatta valere. debba esservi un rapporto di connessione speciale.

Bisogna confessare che una ragione perentoria, per richiedere una connessione tra il credito, che si vuol realizzare mediante la ritenzione, e la cosa, oggetto della ritenzione, non esiste. A meno che non si voglia rintracciarla in ciò, che, essendo la ritenzione un modo eccezionale di soddisfacimento del creditore, essa debba giustificarsi con una speciale posizione della cosa su cui si esercita, con uno speciale rapporto della cosa col credito.

Comunque sia, la dottrina unanime richiede questa connessione, ma non è affatto concorde nel determinare in che cosa debba la connessione consistere.

A noi sembra, che, in materia commerciale, il problema possa risolversi nel senso che occorra per l'esercizio della ritenzione, l'esistenza, tra il fatto giuridico, in virtù del quale il credito è sorto, e quello, per cui la cosa trovasi presso il creditore, di una relazione economica in modo che i due fatti appaiano fra loro economicamente connessi. La con-

nessione, in altri termini, deve riferirsi ai fatti che hanno dato luogo al credito e alla detenzione della cosa.

Ci resta, in ultimo, da stabilire in quali casi debba riconoscersi la facoltà del creditore di esercitare la ritenzione.

Noi non dubitiamo di affermare che la ritenzione non può esercitarsi se non nei casi in cui la legge lo consente. La realizzazione dei crediti, per via di ritenzione, è una forma di difesa privata, e, nell'ordinamento giuridico moderno la difesa privata non può essere che la eccezione, mentre la regola è la realizzazione dei diritti per opera dello Stato. Occorre, dunque, un testo positivo di legge perchè possa il creditore esercitare la ritenzione, e non è ammessa, in questa materia, interpretazione analogica.

Nel diritto commerciale la ritenzione è concessa:

dall'art. 362 a favore del mandatario commerciale per le sue anticipazioni e spese per gli interessi delle somme sborsate e per la sua provvigione;

dall'art. 380 a favore del commissario per le stesse ragioni di credito;

dall'art. 408 a favore del vettore nel contratto di trasporto per i crediti che ne dipendono;

dall'art. 805 a favore del venditore pel credito del prezzo verso il compratore fallito.[1]

Sezione II
Realizzazione giudiziaria dei diritti in materia commerciale (Procedura commerciale)

§ 24 Considerazioni generali
La giurisdizione commerciale.

La realizzazione del diritto per opera dello stesso titolare è oggi, come abbiamo visto, la eccezione, così in materia commerciale come in materia civile. Di regola il compito di realizzare il diritto appartiene allo Stato, che lo esercita mediante una attività specifica, che si chiama funzione giudiziaria, o giurisdizionale.

Le norme giuridiche che regolano questa attività costituiscono il così detto diritto giudiziario o processuale.

Le norme che regolano la funzione giudiziaria in materia civile, vale a dire realizzazione per opera dello Stato dei rapporti civili valgono,

---

(1) L'esame particolareggiato di questi singoli casi di ritenzione va fatto nella parte speciale a proposito dei singoli istituti.

di regola, anche per la realizzazione dei rapporti commerciali.

Come, dunque, il diritto civile è il diritto comune dei rapporti privati tanto civili quanto commerciali, così il diritto processuale civile è il diritto comune che regola la realizzazione giudiziaria dei rapporti così civili come commerciali. E come le norme che regolano in modo particolare i rapporti commerciali costituiscono un diritto speciale od eccezionale, così le norme che regolano in modo speciale la realizzazione dei rapporti commerciali costituiscono altrettante deroghe al diritto processuale civile.

Anzi queste norme speciali del processo, in materia commerciale, sono di una importanza molto minore delle norme speciali di diritto in materia commerciale. E perciò, mentre esiste un diritto materiale commerciale, come un complesso vasto e importante di norme particolari della materia di commercio, non può dirsi che esista un diritto processuale commerciale, perché relativamente scarse sono le norme speciali che regolano il processo in materia di commercio. Dove tuttavia tali disposizioni esistano, esse hanno evidentemente il carattere di diritto speciale o singolare. Ciò che è riconosciuto del resto esplicitamente dall'art. 868 del Cod. di Comm., per cui "l'esercizio delle azioni commerciali è regolato dal codice di procedura civile,

salvo le disposizioni contenute nel presente codice".

Questa norma ribadisce, adunque, il principio che il diritto processuale civile è il diritto comune dei rapporti processuali in materia di diritto privato, e che pertanto, ove manchi una norma particolare, per il processo in materia commerciale, deve senz'altro applicarsi la norma generale del diritto processuale civile.

Abbiamo detto che relativamente scarse sono le norme speciali per la realizzazione dei diritti in materia di commercio.

La tendenza del diritto moderno è in questo campo piuttosto rivolta a diminuire le particolarità che non ad aumentarle. Quelle esigenze di semplicità, rapidità che una volta si manifestavano particolarmente rispetto alle cause commerciali, oggi sono sentite anche per le cause civili. E per effetto di questa evoluzione, con una legge, di poco posteriore al codice vigente, in data 25 gennaio 1888, furono abrogate le disposizioni che consacravano una istituzione giudiziaria particolare al commercio, la quale aveva pure per sé una tradizione antichissima: intendiamo i tribunali di commercio.

I tribunali di commercio sorsero insieme al diritto commerciale; anzi il diritto del commer-

cio ebbe origine appunto giudiziaria e si formò nella giurisdizione dei consoli nelle corporazioni di arti e mestieri. Ridotta nelle mani dello Stato la facoltà di emanare leggi in materia di commercio e di istituire giudici per le relative controversie, la giurisdizione commerciale rimase; si ritenne cioè necessario di affidare a giudici speciali, scelti fra gli stessi commercianti, la risoluzione delle controversie che potessero sorgere nell'esercizio del commercio, e questi organi giudiziari speciali rimasero presso di noi, pur ridotti di numero, fino al 1888. La legge sull'ordinamento giudiziario del 20 marzo 1865 affidava ai tribunali di commercio formati da commercianti, ma presieduti da un magistrato, la conoscenza in primo grado, delle cause commerciali il cui valore superasse le 1500 lire e, in grado di appello delle cause commerciali decise in prima istanza dai pretori.

Ma si trattava di una istituzione rachitica, perchè i tribunali di commercio non esistevano dovunque e dove mancavano, cioè nella maggior parte del territorio del regno, ne facevano le veci i tribunali ordinari. Si ritenne, perciò, opportuno di abolirli deferendo ai giudici ordinari completamente la potestà di giudicare in materia commerciale.

Colla legge del 1888, pertanto, sparì una delle particolarità più importanti del diritto processua

le in materia di commercio: l'esistenza cioè di speciali organi giudiziari.

Evidentemente questa riforma implicò l'abolizione della giurisdizione commerciale, poichè non può esservi una giurisdizione speciale senza un organo giudiziario speciale. Tutte le controversie che sono sorte nella dottrina intorno al valore della riforma dell'88 e al persistere o meno di una giurisdizione commerciale, dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, si risolvono molto facilmente con questa considerazione, che una giurisdizione speciale non vi è se non vi sono organi speciali; i dubbi emessi in contrario dipendono da un equivoco circa la parola giurisdizione. Questa può essere intesa in due sensi: o come potestà di una particolare categoria di organi dello Stato, o come la generale funzione dello Stato di realizzare il diritto. Solo nel primo senso si può distinguere fra giurisdizione e giurisdizione e può parlarsi di una giurisdizione commerciale; nel secondo senso la giurisdizione è necessariamente unica, perchè la funzione che lo Stato esercita nel realizzare il diritto è sempre la stessa.

Sparita la differenza fra giurisdizione civile e commerciale, le particolarità del processo in materia di commercio si sono ridotte a non molte, e di esse le più importanti sono certamente quelle che concernono la prova.

Ma prima di esporre le norme particolari che regolano il processo in materia di commercio, bisogna stabilire in quali casi deve ritenersi che si tratti di processo in materia commerciale, o come si dice comunemente, quando la causa si deve ritenere commerciale.

Il codice si occupa della questione negli art. 869-870, e se ne occupa a proposito della giurisdizione commerciale, che era il punto praticamente più importante per la determinazione della commercialità della causa.

A dire il vero non sarebbero necessarie disposizioni apposite per determinare la natura commerciale di una causa, perchè è evidentemente commerciale ogni processo, nel quale si miri a realizzare un rapporto di indole commerciale. Ora, il problema della commercialità di un rapporto giuridico, è risoluto già dalle disposizioni che determinano la materia di commercio. È commerciale quel rapporto giuridico che deriva da un fatto o da uno stato di fatto commerciale per sua natura o per ragione di connessione.

Infatti i due art. 869-70 nulla aggiungono a ciò che risultava dagli art. 3-6-8 del Cod. di Comm., che regolano appunto la materia di commercio.

L'art. 869 dichiara commerciali le controversie riguardanti la qualità di commerciante o

l'esistenza di una società commerciale (n. 8) e ciò è evidente, perché si tratta di determinare l'esistenza di uno stato di fatto di natura commerciale.

Lo stesso articolo dichiara commerciali le azioni contro i capitani di navi, gl'institori e i rappresentanti, le quali derivano dai fatti del commercio cui sono preposti (n. 3); e anche questa disposizione è superflua; le azioni del passeggiero contro il capitano, l'armatore e viceversa, evidentemente commerciali in base all'art. 3 n. 18; le azioni dell'impresario di spettacoli pubblici contro gli artisti e viceversa, commerciali in base all'art. 3 n. 13 e all'art. 4; le azioni riguardanti gl'incanti delle merci o delle derrate depositate nei magazzini generali, commerciali in base all'art. 3 n. 24; dichiara commerciale tutta la procedura di fallimento, il che si comprende, perché il fallimento è quella particolare procedura di espropriare che si esercita contro i commercianti.

L'unica norma dell'art. 869, che può avere una ragione di essere è quella del n. 2 che dichiara commerciali tutte le questioni concernenti il sequestro di una nave, benché ottenuto per crediti civili. Ma anche qui opera un criterio già stabilito a proposito della materia di commercio, il criterio dell'accessorietà o connessione, per cui sono da ritenere commerciali tutte le cose destinate al commercio e quindi tutti i rapporti concer-

nenti la proprietà e il possesso di esse.

In conclusione si può dire che è commerciale il processo, o, come si dice comunemente, la causa in cui si tratta di realizzare un rapporto commerciale. E la natura commerciale del rapporto giuridico dipende alla sua volta dalla natura commerciale del rapporto economico o sociale, che mediante il rapporto giuridico viene tutelato. Alla sua volta, poi, la natura commerciale del rapporto sociale si determina secondo i principii generali regolanti la materia commerciale.

Il determinare la natura della causa agli effetti di applicare ad essa le norme speciali della procedura commerciale, è compito dello stesso magistrato che giudica della controversia.

A questo proposito possono sorgere alcuni dubbi, che occorre dissipare.

Anzitutto per gli art. 157 e 436 del cod. di procedura Civile, i tribunali civili e i pretori, quando pronunciano come giudici di commercio, debbono farne menzione nella intitolazione della sentenza. Dopo l'abolizione dei tribunali di commercio, non esistendo più una giurisdizione commerciale, questa menzione della qualità di giudice speciale, che assumono i giudici ordinari, in materia di commercio, non ha più ragione di essere. Spariti completamente i tribunali di com-

mercio, le cause commerciali rientrano nella sfera normale delle attribuzioni dei giudici civili, e non si distinguono da quelle civili, più che nel campo stesso della materia civile non si distinguono le cause successorie da quelle di proprietà e le cause contrattuali da quelle di stato o matrimoniali. Tuttavia è invalso l'uso di continuare a distinguere nelle intitolazioni le cause civili dalle commerciali. Questa distinzione può aver valore solo in quanto la procedura nelle cause commerciali è in certi punti diversa da quelle delle cause civili. Ma, a questi effetti, non pare che all'intitolazione della causa debba attribuirsi importanza decisiva. In altri termini, per stabilire se la causa è civile o commerciale bisogna aver riguardo al contenuto della sentenza, in cui si esplica realmente la potestà giurisdizionale del magistrato e non alla intitolazione, che, invece, è opera del cancelliere, a cui spetta di compilare le parti della sentenza, che non sono opera personale del giudice: fra queste vi è appunto l'intitolazione. È, dunque, il giudice, implicitamente o esplicitamente, che nel corpo della sentenza decide se la causa, di cui si tratta, è civile o commerciale.

Questo principio ci permette di risolvere un'altra grave questione, che si dibatte a proposito della qualificazione delle cause, vale a dire circa il computo del tempo per appellare a norma dell'art. 435 del Cod. di P. Civ. È noto che, per que

sto articolo, il termine per proporre appello è di trenta giorni per le sentenze dei pretori e per le sentenze dei tribunali in materia commerciale, mentre è di sessanta giorni per le sentenze del tribunale civile in materia civile. Si domanda perciò, come si farà a stabilire se la sentenza di un tribunale è stata emanata in materia civile o in materia commerciale, e se quindi il termine per appellare da essa è di sessanta giorni oppure di trenta solamente.

Si sono manifestate a questo proposito due tendenze nella dottrina e nella giurisprudenza.

Secondo la prima, bisogna ricercare qual'è l'effettiva natura della causa e da questa far dipendere il termine per appellare. Sarebbe, dunque, lo stesso magistrato d'appello che dovrebbe decidere, in fondo, del termine. Se dal giudizio di appello la causa risulta qualificata civile, rimane stabilito che il termine per l'appello sarà di sessanta giorni, se invece dal giudizio di appello risulta che la causa è commerciale, il termine per appellare si computa soltanto in trenta giorni. Questa opinione si fonda sostanzialmente sul concetto che sussiste ancora la distinzione fra le due giurisdizioni civile e commerciale, ed è dettata, in fondo, dal timore che le parti possano influire, in prima istanza, sulla caratterizzazione della materia controver-

va, mentre, si dice, le norme sopra la distribuzione delle due giurisdizioni sono di ordine pubblico e quindi inderogabili. Si desume, a favore di questa opinione, un argomento letterale, la formula dell' art. 485 del Cod. di P. Civile il quale parla di sentenze, in materia commerciale e in materia civile, donde risulterebbe che si deve giudicare quale sia la natura della causa e quindi del termine assegnato all' appello, non già secondo la forma del procedimento o della sentenza, nè secondo il contegno delle parti litiganti, ma secondo la sostanza stessa della causa, la quale non può risultare, in modo sicuro, che dal giudizio del magistrato di appello.

La dottrina, però, e la giurisprudenza ormai prevalente si sono manifestate, e sembra a noi giustamente, per l' opinione opposta. Hanno ritenuto, cioè, che bisogna, invece, far capo alla qualificazione della causa contenuta nella sentenza di primo grado e secondo questa stabilire il termine per l' appello.

La ragione fondamentale per cui noi accettiamo questa opinione non è in tutto conforme a quello che viene addotto dalla dottrina prevalente. Si dice, di solito, sulle tracce di una acuta nota del Prof. Vittorio Scialoja (Rivista di Dir. Comm.

1903 2 287). che l'appello è atto diretto contro la sentenza, giacchè mira esclusivamente al suo annullamento; dal che segue che la materia della sentenza, cui si vuol muovere appello, non è altro che il rapporto giuridico controverso, quale risulta dalla decisione e il quale dovrebbe ritenersi fisso ed immutabile se la sentenza appellata fosse passata in giudicato. Questo ragionamento a noi non sembra in tutto convincente, perchè esso presuppone che il giudizio di appello sia un giudizio di annullamento della sentenza di primo grado; il che non è perfettamente esatto e ingenera una certa confusione tra l'istituto dell'appello e quello della cassazione. Il giudizio di cassazione è realmente un giudizio di annullamento e il ricorso per cassazione infatti non è che l'antica querela nullitatis. Al contrario il giudizio d'appello non è che un secondo giudizio della stessa materia già giudicata in primo grado, che non ha per oggetto di annullare la prima decisione, ma di sostituire a questa nuova decisione. Con tale sostituzione certamente la prima sentenza cade, ma l'annullamento della sentenza di primo grado non è oggetto della sentenza di appello; ne è soltanto la conseguenza implicita in quanto una nuova decisione si viene a sovrapporre alla prima. Per conseguenza potrebbe legittimamente dubitarsi (e sotto questo punto di vista la prima opinione potrebbe a-

vere qualche fondamento) che, col solo fatto dell'interposizione dello appello, il primo giudizio debba ritenersi caduto per farsi luogo al secondo. Ma questa considerazione non sarebbe giusta, perchè, in verità, soltanto con l'emanazione della sentenza di secondo grado la prima vien meno e la seconda ne prende il posto: fino a questo punto fa stato la sentenza di primo grado. Ecco, dunque, come si deve, a nostro avviso, ragionare per giungere alla conclusione indubbiamente giusta, che il termine per appellare deve misurarsi secondo la natura delle cause, quale è decisa dal giudice di prima istanza. Mediante l'atto di appello il primo giudizio non cade, ma si instaura un secondo giudizio la cui decisione sostituirà la prima, solamente quando sarà stata pronunciata. Fino a quel momento la prima decisione continua ad aver vita e tutto ciò che viene fatto nell'intervallo deve esser fatto sulla base creata dalla decisione di primo grado.

Anche la lettera della legge, del resto, conforta questa opinione, perchè, come ben osserva lo Scialoja, l'art. 485 non parla di appello in materia civile o commerciale, ma di appello da sentenza in materia civile o commerciale; e per determinare la natura di una sentenza non si può, evidentemente, far capo che alla sentenza stessa.

Anche l'inconveniente che si teme, che le parti possano prepararsi, a loro piacimento, i termini

dell'appello futuro, non ha alcuna base, perchè la qualificazione della causa dipende dalla sentenza e non dalle parti.

Rimane ancora a vedere come deve farsi l'indagine circa la qualificazione della causa fatta nella sentenza impugnata. Come si farà a decidere se la sentenza ha ritenuto civile o commerciale la causa?

Abbiamo già veduto che non ha valore la intitolazione della sentenza e quindi la designazione di causa civile o di causa commerciale fatto nella medesima, giacchè si tratta di una enunciazione che è opera del cancelliere piuttosto che dal magistrato. Si deve, invece, aver riguardo, come abbiamo visto, al contenuto della sentenza, cioè alla motivazione e alla decisione. Se la materia controversa è stata definita esplicitamente dal magistrato, non vi è questione, altrimenti bisogna procedere per via d'interpretazione e vedere se il giudice ha trattata la causa come civile o come commerciale. Molti elementi possono servire a questo proposito, ma soprattutto quello decisivo è la legge applicata dal magistrato, perchè se il giudice di primo grado ha applicato o una norma di diritto materiale o una norma di diritto processuale commerciale è evidente che ha inteso giudicare in materia commerciale. Si tratta, ad ogni modo, di una questione d'interpretazione della sentenza, interpretazione che va

fatta sotto le norme consuete.

Sebbene siano aboliti i tribunali di commercio e sia, quindi, scomparsa una generale giurisdizione commerciale, per alcune speciali materie commerciali sussistono talune speciali magistrature. Non vi è perciò una giurisdizione commerciale, ma vi sono giurisdizioni speciali per speciali materie commerciali.

a) La più importante è la giurisdizione dei probi viri. L'istituto dei probi viri è regolato dalla legge 15 giugno 1893 e dal relativo regolamento 26 giugno 1894. I probi viri sono tribunali destinati a risolvere le controversie, fra padroni e operai, dipendenti dal contratto di lavoro. L'istituzione del collegio dei probi viri, non è obbligatoria, ma facoltativa, nei luoghi in cui esistono fabbriche o imprese industriali, per ogni industria od ogni gruppo d'industrie affini. Il collegio si compone di un presidente e di un numero di membri vario da dieci a venti, eletti in numero eguale da due corpi di elettori, iscritti in due liste diverse, che comprendono rispettivamente gli industriali e gli operai. Il presidente è nominato per decreto reale tra i funzionari dell'ordine giudiziario ovvero tra i cittadini che possono essere nominati conciliatori. Fra i probi viri viene scelto il collegio giudicante, che si compone di cinque membri, e l'ufficio di conciliazione che si compone di tre membri soltanto. I probi

viri, infatti, hanno una doppia funzione: conciliativa e giurisdizionale. La loro competenza giurisdiziona_le è in sostanza una competenza in materia com_merciale, perchè le controversie dipendenti dal con_tratto di lavoro industriale, sono commerciali in vir_tù dell'art. 3 n. 8, che considera commerciali le im_prese di manifatture, e in virtù dell'art. 54, che con_sidera materia di commercio ogni rapporto deri_vante da un atto di commercio anche unilatera_le.

b) Fra le giurisdizioni speciali commer_ciali deve annoverarsi anche la giurisdizione dei capitani e ufficiali di porto, che per l'art. 14 del Cod. della Mar. Merc. decidono le controversie, non eccedenti il valore di L. 400, per danni cagio_nati per l'urto di nave, per l'indennità, mercedi e ricompense dovute per soccorsi prestati a navi peri_colanti o naufragate, per mercedi e diritti dovuti a piloti pratici, rimorchiatori barcaioli o zavorrai del porto, per salari, vitto e in genere per l'adempimen_to dei contratti di arruolamento. Si tratta evidente_mente di materia commerciale per l'art. 3 nn. 15, 16, 17, 18.

Invece non sembra possa considerarsi co_me giurisdizione speciale commerciale quella dei conso_li e agenti consolari, i quali hanno facoltà di pronun_ciare inappellabilmente sulle controversie sorte al_l'estero relativamente ai salari, agli alimenti degli

equipaggi (legge consolare 28 gennaio 1866 art. 77), perchè la giurisdizione consolare non è limitata alla materia commerciale, ma comprende molte materie anche estranee al commercio.

§25 La competenza.

È nota la distinzione fra giurisdizione e competenza. La competenza non è che quella parte di giurisdizione, che spetta in concreto a ciascun magistrato. Il concetto di competenza deriva dal fatto che il potere giurisdizionali non è accentrato in un solo organo, ma è distribuito, per ragioni evidenti di necessità pratica, fra una quantità di organi. Mentre pertanto la giurisdizione è il potere spettante a tutti gli organi giudiziari considerati nel loro complesso, la competenza è quella parte di giurisdizione che spetta in concreto a ciascun giudice.

Questa distribuzione o divisione del lavoro giudiziario è fatta in base a criteri diversi; si dice così che vi sono varie specie di competenza.

Vi è una competenza obiettiva, in quanto uno dei criteri di distribuzione della competenza è dato dalla natura della causa; e secondo che si ha riguardo al valore della controversia o dell'oggetto della medesima si ha la competenza per valore o per materia.

Un secondo criterio è dato dalla particola-

re natura della funzione che, nell'ambito giurisdizionale, è riservata a ciascun magistrato: competenza funzionale; si ha così una competenza di primo grado e una competenza di appello (competenza per gradi); una competenza di cognizione e una competenza di esecuzione.

Un terzo criterio è dato dall'ambito territoriale entro il quale il giudice è chiamato a esercitare le sue funzioni; si ha allora la competenza per territorio.

a) Circa la competenza obbiettiva in materia commerciale, valgono le disposizioni generali del diritto processuale civile. Le norme speciali nella materia commerciale si riducono a pochissime. La più importante è la disposizione dell'art. 871, per cui il pretore o in sua mancanza il conciliatore può sempre, benché la causa non sia di sua competenza, dare i provvedimenti urgenti per le contestazioni commerciali sorte in tempo di fiera o di mercato. Il provvedimento emesso dal pretore o dal conciliatore ha carattere temporaneo, cioè è di sua natura provvisorio e di regola ha per oggetto la conservazione o la custodia delle cose controverse. Il provvedimento del pretore e del conciliatore è emanato mediante decreto.

b) Circa la competenza funzionale, ricorderemo la competenza del tribunale, nella cui giu-

risdizione il debitore ha il principale suo stabilimento commerciale (cod. comm. art. 685). Il processo di fallimento è, come si vedrà a suo luogo, essenzialmente un processo esecutivo di espropriazione, per il quale è di regola competente un unico magistrato, che è precisamente il tribunale del luogo dove il commerciante esercita il commercio. Se il passivo del fallimento è inferiore a L. 5000, la procedura ha luogo davanti al pretore (Legge 24 maggio 1903 art. 36).

c) Riguardo alla competenza per territorio, la disposizione speciale più importante per la materia commerciale è quella dell'art. 91 Cod. P. Civile, per cui nelle materie commerciali l'azione personale e l'azione reale sui beni mobili possono anche proporsi davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce o in cui deve eseguirsi l'obbligazione sebbene il convenuto non sia ivi citato in persona propria

Si tratta di due fori speciali, i quali concorrono elettivamente insieme col foro generale, di cui all'art. 90 C. P. Civile (foro del convenuto), e insieme cogli altri fori speciali dell'art. 91 (forum contractus e forum rei sitae). Questi due fori speciali per la materia commerciale sono:

a) il foro del luogo in cui fu fatta la promessa e la consegna della merce;

b) il foro del luogo ove deve eseguirsi la obbligazione.

α Il primo presuppone il consenso di due condizioni: che sia stata fatta la promessa e la consegna della merce. Le due condizioni devono concorrere congiuntamente; non basta, perciò che sia fatta la promessa o la consegna soltanto, ma occorre che nel luogo medesimo si siano verificate le due circostanze. Evidentemente questa competenza speciale si riferisce ai contratti aventi per oggetto la tradizione di una cosa mobile; quindi in primo luogo ai contratti di compra-vendita. La promessa della merce implica la perfezione del contratto giacchè l'obbligo di consegnare la merce implica di necessità che il contratto si sia perfezionato. Si noti, infatti, che la legge parla appunto di promessa della merce, e non già di promessa del contratto. Ora il luogo dove avviene la promessa della merce è il luogo dove il venditore assume la obbligazione a lui derivante dal contratto, cioè l'obbligo di consegnare la merce, il che è quanto dire il luogo di perfezione del contratto. Quanto al luogo della consegna della merce, esso è il luogo di esecuzione del contratto da parte del venditore, così che la formula un poco oscura dell'art. 91 si risolve in quest'altra che è competente in materia commerciale anche il giudice del luogo in cui avviene la conclusione del contratto e la sua esecuzione da parte del

venditore. Quando conclusione ed esecuzione avven_
nero nello stesso luogo, la legge presume, infatti, che le
parti vi abbiano entrambe tali rapporti di affari e di
interessi da giustificare la costituzione in quel luo_
go del rapporto processuale. Questa competenza ri_
guarda le sole obbligazioni contrattuali, come risulta
dalla lettera e dallo spirito della legge.

Il luogo dove fu fatta la consegna della
merce è il luogo dove effettivamente il contratto
fu eseguito, non quello in cui avrebbe dovuto eseguir_
si a termine del contratto. E perchè il contratto pos_
sa dirsi eseguito da parte del venditore occorre la
consegna, cioè la tradizione effettiva del possesso
della cosa. Non basta, perciò la semplice spedizione,
cioè la consegna al vettore per il trasporto, neppure
quando le spese del trasporto siano a carico del com_
pratore. La tradizione non si compie colla sempli_
ce spedizione, ma col ricevimento da parte del de_
stinatario. La girata di uno di questi titoli così
detti di disposizione, che rappresentano la merce,
equivale alla consegna, in quanto alla girata me_
desima il compratore acquista il diritto di farsi con_
segnare la merce della cui disponibilità il giran_
te si è spogliato irrevocabilmente.

b) È competente anche, come abbiamo vi_
sto, il giudice del luogo ove deve eseguirsi la ob_
bligazione; il quale si distingue dal precedeu_
te, perchè non è il luogo ove di fatto l'obbliga_

zione fu eseguita da parte del venditore, ma è quello ove l'esecuzione deve avvenire secondo il contratto o secondo la legge. È quindi il locus destinatae solutionis.

Per radicare la competenza di ambedue questi fori speciali non è necessario che il convenuto sia citato in persona propria, come accade, invece, per altre competenze speciali dell'art. 91.

Altre competenze speciali per territorio in materia commerciale sono quelle degli articoli 872-873 C. Comm. che riguardano la materia delle società, la materia dei trasporti e la materia della responsabilità derivante da urto di navi.

a) In materia di società commerciali, oltre il foro generale dell'art. 90 secondo capoverso C. P. Civile (foro del luogo dove è la sede dell'amministrazione o si trova uno degli stabilimenti sociali con un rappresentante della società), l'art. 872 principio ammette due altri fori concorrenti elettivamente per le azioni personali e reali mobiliari derivanti da atti intrapresi da un rappresentante o institore della società fuori della sede sociale. Questi due fori sono: I° il foro del luogo dove si esercita il commercio; II° il foro del luogo dove risiede l'institore o il rappresentante. Questa duplice competenza è elettiva nel senso che viene stabilita a favore del terzo che agisce in giudizio contro la società.

b) In materia di contratto di trasporto lo art. 872 capoverso ammette la competenza dell'auto-

rità giudiziaria del luogo dove risiede un rappresentante del vettore e, se si tratta di trasporti ferroviari ammette la competenza dell'autorità giudiziaria del luogo ove si trova la stazione di partenza o quella di arrivo. Abbiamo, dunque, qui tre fori pure elettivi e, secondo l'opinione prevalente, stabiliti soltanto a vantaggio dei terzi, valevoli, perciò, per le azioni promosse dal vettore. Di questi tre fori uno riguarda tutti i contratti di trasporto in generale ed è quello del luogo dove risiede un rappresentante del vettore; gli altri due riguardano soltanto i trasporti per ferrovia e sono quelli del luogo, dove trovasi la stazione di partenza o quella di arrivo. Perciò, per i trasporti ordinari vi è un solo foro speciale e per i trasporti ferroviari ve ne sono tre. Agli effetti dell'esercizio dell'azione contro l'amministrazione ferroviaria, i capi stazione sono considerati come institori, vale a dire essi hanno la rappresentanza dell'amministrazione in giudizio (art. 872 ultimo capoverso).

c) In materia di urto di navi le azioni di responsabilità, che ne derivano (art. 660 e segg. Cod. Comm.) si possono proporre davanti a tre fori: quello dove ebbe luogo l'urto; quello di destinazione della nave e quello del primo approdo.

§26 Le prove.

Considerazioni generali.

È principio fondamentale del diritto moder-

no che il giudice decide sui fatti, affermati dalle parti, secondo il suo libero convincimento. Questo sistema si contrappone al sistema, altre volte vigente, per cui il legislatore vincolava il giudice nell'apprezzamento della prova dei fatti e predisponeva l'ammissibilitá e il valore dei singoli mezzi di prova (sistema della prova legale). Tuttavia tracce del sistema della prova legale non mancano anche nel diritto vigente e fra queste stanno in prima linea le regole, che restringono l'ammissibilitá di taluni mezzi di prova. Il dir. comm. ha fatto un passo innanzi nel sistema del libero convincimento, diminuendo di molto le restrizioni poste dal diritto civile all'ammissione di taluni mezzi di prova, non solo, ma attribuendo valore probatorio ad altri mezzi, che per il diritto civile non lo avrebbero. Anche questa larghezza é consacrata dall'art. 44 del cod. di comm. il quale stabilisce che "le obbligazioni commerciali e le liberazioni si provano: con atti pubblici, con scritture private, con le note dei mediatori sottoscritte dalle parti, con fatture accettate, colla corrispondenza, con telegrammi, coi libri delle parti contraenti, con testimoni anche nei casi preveduti nell'art. 1341 del Cod. Civile e con ogni altro mezzo ammesso dalle leggi civili".

Questa disposizione, che viene testualmente dettata solo per la prova delle obbligazioni e delle liberazioni, ma che concerce tutti i fatti giuridicamente rilevanti per la nascista, la modificazione,

la estinzione di un rapporto commerciale, comprende due principii. Essa da un canto, toglie di mezzo le limitazioni che la legge civile pone all'ammissibilità di uno dei mezzi di prova più importanti e più frequenti, la prova testimoniale. Dall'altro canto, questa disposizione riconosce altri mezzi di prova particolari alla materia di commercio e specialmente le note dei mediatori, le fatture accettate, la corrispondenza, i telegrammi e i libri.

Diremo, dunque, anzitutto del principio della libertà delle prove in materia commerciale; studieremo poi particolarmente i singoli mezzi di prova, speciali alla materia commerciale.

§27. Il principio della libertà delle prove in materia commerciale.

Il principio generale del diritto moderno, che il giudice giudica dei fatti affermati dalle parti, secondo il suo libero convincimento, trova una serie di eccezioni in alcuni principii del diritto processuale, i quali si ricollegano invece, col sistema della prova legale.

I. La prima e più grave eccezione è recata dalla regola: "iudex iudicare debet secundum allegata et probata". In questo vecchio brocardo è sancito il principio di disposizione delle parti, anche nell'apprestamento del materiale probatorio. Il quale importa che, di regola, spetta alle parti

il fornire al magistrato gli elementi del suo giudizio sulla sussistenza dei fatti allegati; e il giudice non può d'ufficio procurarsi questo materiale e deve quindi accontentarsi di quello, che le parti gli forniscono. In tal modo non è più la verità obiettiva che viene accertata dal giudice, ma una verità relativa, quale risulta dalle prove addotte.

In materia commerciale il principio dispositivo soffre alcune importanti limitazioni, che significano una maggiore applicazione del principio generale del libero convincimento. Così, mentre in materia civile la confessione non può essere provocata che dalla richiesta di una delle parti, in quanto questa domandi la prova per interrogatorio e deduca specificamente, per articoli separati, i fatti su cui chiede l'interrogatorio, in materia commerciale, vi è l'istituto della comparizione personale delle parti, per cui il giudice può d'ufficio ordinare che le parti compariscano personalmente, per esser sentite all'udienza o in camera di consiglio. In tal modo il giudice può d'ufficio provocare una confessione delle parti, mentre ciò non sarebbe lecito in materia civile (art. 216, 401, C. P. Civile).

II Una seconda limitazione al principio del libero convincimento è data dall'istituto della forma dei negozi giuridici. Abbiamo veduto che, per quanto distinti, i due istituti della forma e della prova hanno fra loro rapporti assai stretti.

Così, quando una data forma, per esempio la scrittura è richiesta per l'efficacia di un atto giuridico, è evidente che la mancanza della forma, producendo l'inefficacia dell'atto, ne impedisce anche la prova, che sarebbe inutile e frustanea. Ora, in materia civile, come si è visto a suo tempo, sono molto più numerosi gli atti, per cui occorre la forma scritta, di quello che non siano in materia commerciale, d'onde una molto maggior larghezza nell'ammettere la prova in materia commerciale in confronto della materia civile.

III. Una terza gravissima limitazione al principio del libero convincimento, in materia civile, è data dalle restrizioni che il Cod. Civile, stabilisce all'ammissibilità della prova testimoniale. Il codice civile considera con manifesta diffidenza questo mezzo di prova e non lo ammette: I° Quando si tratti di convenzioni il cui oggetto ecceda il valore di £ 500, II° quando si tratti di fatti allegati contro o in aggiunta al contenuto di atti scritti, III° quando si tratti di ciò che sia stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente a un atto scritto (Cod. Civ. art. 1341).

In materia commerciale l'art. 44 Cod. Comm. toglie questa triplice limitazione, ammettendo la prova testimoniale in ogni caso, quando il

giudice lo crede opportuno.

Questa norma speciale del codice di commercio ha dato luogo a qualche dubbio. Il più importante concerne la formula usata dall'art. 44, per cui la prova testimoniale è in materia di commercio, ammessa anche nei casi in cui non è ammessa in materia civile, "sempre che l'autorità giudiziaria lo consenta". Che valore ha questa disposizione? Secondo l'opinione dominante essa attribuirebbe al magistrato un potere discrezionale ed insindacabile circa la ammissione della prova per testimoni. In altri termini, quando, secondo il diritto civile, la prova testimoniale non sarebbe ammissibile, in materia commerciale la sua ammissibilità dipenderebbe da un apprezzamento discrezionale del giudice. Mentre, in generale, per l'ammissione di un mezzo di prova occorre la sua ammissibilità legale e la sua concludenza in fatto, per l'ammissibilità della prova testimoniale in questi casi in cui il diritto civile la esclude, occorre, secondo questa opinione, il consenso del giudice, che può negarlo senza rendere conto del suo diniego. Dice il Vivante, che è il più autorevole sostenitore di questa opinione, "il giudice civile, quando la prova per testimoni è legalmente ammissibile e materialmente concludente, deve ammetterla; all'opposto in materia commerciale il giudice può respingerla, anche quando i fatti, che si vogliono provare,

sarebbero concludenti, se non ha fiducia nei risultati della prova. Qui il legislatore non ha prescritto, come regola generale, l'ammissibilità di ogni prova testimoniale concludente, ma ha delegato il suo potere al giudice, perchè decida secondo le circostanze del fatto. (1)

A noi non sembra che questa opinione si possa accogliere, in quanto essa ammette che il magistrato, di fronte a una prova testimoniale concludente, possa respingerla, perchè non ha fiducia nei suoi risultati. Questa dottrina manca di ogni determinatezza, giacchè il magistrato che non ha fiducia nei risultati di una prova ne nega necessariamente la concludenza. E, infatti, tutti i casi citati dal Givante e confortati dalla giurisprudenza, sono casi in cui il magistrato non ritenne concludente la prova. Quando il giudice respinge la prova testimoniale perchè reputa sufficiente la prova scritta, perchè ritiene che l'importanza dell'atto non compatisce la mancanza di una prova scritta, perchè il debitore, essendo un istituto di credito, non avrebbe concluso l'affare senza scrittura (casi tutti citati dal Givante) in sostanza viene a dire che esso ritiene già provati i fatti in un determinato modo e ritiene concludente la prova che si voglia

---

(1) Vedi Givante Trattato Vol. IV° n. 1584 e la Giurisprudenza ivi citata.

dare del contrario. Insomma non si può raffigurare, all'infuori del caso della inconcludenza, un motivo per cui possa il giudice esser ridotto a negare la prova, per testimoni. I motivi di ordine generale, che fanno il legislatore diffidente verso la prova testimoniale e lo inducono a escluderla non sono suscettibili di un apprezzamento concreto nei singoli casi. Questi motivi, infatti, si sostanziano nella possibilità che le testimonianze siano mendaci ed ingannevoli e un tal giudizio non può essere fatto, rispetto a un singolo caso, senza conoscere quali saranno i testimoni chiamati a deporre; il che non è possibile al giudice di sapere al momento in cui ammette la prova.

A noi sembra proprio che la dottrina ora esposta manchi di valore pratico, per la impossibilità di concepire motivi di non ammissione della prova testimoniale che siano all'infuori della sua inconcludenza.

Solo sotto un punto di vista la dottrina del Divante, può avere un valore pratico; in quanto si risolve nella facoltà concessa al giudice di negare la prova senza motivare la sua decisione. Infatti il Divante ammette che il magistrato abbia dall'art. 44 ricevuto poteri discrezionali circa l'ammissione della prova per testimoni nei casi in cui il codice civile la esclude; i quali poteri discrezionali implicano la possibilità di respingere la prova

per testimoni o di ammetterla senza dirne i motivi.

Il Mortara [1] combatte questa opinione del Vivante, affermando che la legislazione processuale odierna non consente ai giudici poteri insindacabili, dal momento che assoggetta al rimedio dell'appello le loro sentenze e prescrive, negli art. 360, 361 del Cod. di Proc. che tutte le sentenze devono essere motivate.

Io non seguirei il Mortara in questa sua affermazione, non perchè non siano esatti i principii di diritto processuale, a cui egli si richiama, ma perchè bisogna pur dare un significato alla frase dell'art. 44 del Cod. Comm. "sempre che l'autorità giudiziaria lo consenta"; frase che sarebbe superflua, se dovesse ritenersi che la prova testimoniale in materia di commercio è ammissibile tutte le volte che essa è concludente. Ora, siccome non si può pensare che la legge contenga disposizioni senza significato o superflue, bisogna ritenere che qualche potere speciale sia stato dato al giudice nell'ammettere o negare la prova per testimoni in materia di commercio. E poichè questo potere non può risolversi in altro che nella facoltà di pronunciare discrezionalmente e senza motivazione, bisogna appunto con-

---

(1) Nella Rivista di Diritto Commerciale 1906 2 385 e segg.

cludere che non vi è altro modo di rendersi ragione di quell'inciso dell'art. 44, che ammettendo questo principio discrezionale e quindi una deroga portata dall'art. 44 Cod. Comm. agli art. 360, 361 del Cod. di Proc. Poichè la questione sta appunto in ciò, nel vedere se il principio generale di diritto processuale, a cui il Mortara giustamente si appella, sia stato o no derogato dall'art. 44 del Cod. di Comm. E di fronte alla formulazione del capoverso, che si riferisce alla prova testimoniale, a noi sembra che la risposta affermativa si imponga.

La regola dell'art. 44, secondo la quale la prova per testimoni è liberamente ammissibile, in materia commerciale, a discrezione del giudice, non vale naturalmente per il caso in cui essa sarebbe ammissibile anche in materia civile; qui non più potere discrezionale, ma obbligo del giudice di ammettere la prova quando essa è concludente, e di motivare sulla concludenza.

Il principio sancito nell'art. 44 soffre alcune eccezioni. Vi sono dunque, casi in cui la prova testimoniale non è ammessa anche in materia di commercio.

a) Il primo di questi casi è dato agli atti che sono formali anche in materia di commercio. Per i rapporti che esistono fra l'istituto della forma e quello della prova, abbiamo visto che non è ammessa la prova di quei negozi, di cui man-

chi la forma prescritta dalla legge.

b) In secondo luogo la prova testimoniale è esclusa, in materia di commercio, ogni volta che il codice di commercio prescrive la prova per iscritto (art. 53 Cod. Comm.). Sappiamo che in parecchi casi il codice di commercio richiede la scrittura, senza aggiungere la sanzione dell'inefficacia totale o parziale dell'atto per la sua mancanza. Ciò avviene per l'associazione in partecipazione (art. 238), per l'associazione di mutua assicurazione (art. 240), per i contratti di assicurazione in generale (art. 420, 604), per il contratto di pegno, quando il valore ecceda le 500 lire (art. 454), per i contratti di costruzione, di alienazione, e di pegno delle navi (art. 481, 483, 485) per il contratto di noleggio (art. 547), per la ricevuta del carico che il capitano deve agli interessati cioè per la polizza di carico (art. 498, 545, 558 Cod. Comm.). In tutti questi casi la scrittura è richiesta dal codice di commercio ad probationem e perciò la prova testimoniale non è ammissibile se non nei limiti fissati dal codice civile.

IV Una quarta limitazione al principio del libero convincimento reca il diritto civile limitando la ammissibilità della prova per presunzioni o prova congetturale ai casi in cui la legge ammette la prova per testimoni (Cod. Civ. art. 1354).

In materia commerciale questa limitazione non esiste, e la prova per presunzione semplice

(praesumptiones hominis) è in tutti i casi ammissibile.

Detto del principio generale vigente in materia di commercio, che è il principio del libero convincimento del giudice, e delle limitazioni che esso soffre eccezionalmente in misura assai più ristretta che non in materia civile, rimane a parlare dei vari mezzi di prova. Qui la regola generale è assai semplice. In materia di commercio possono adoperarsi allo scopo di ottenere il convincimento del giudice, tutti i mezzi di prova conosciuti dall'ordinamento giuridico; ed è appunto questo il principio sancito dall'art. 44 Cod. Comm. Ma quali sono questi vari mezzi di prova? È quello che vedremo nel paragrafo seguente.

§28 I singoli mezzi di prova in materia commerciale.

I mezzi mediante i quali si forma il convincimento del giudice intorno alla verità di un fatto allegato, si possono classificare in quattro grandi categorie:

A) In primo luogo viene l'attività personale del giudice, il quale può in determinate circostanze procedere all'accertamento personale dei fatti. Il caso tipico è dato dal così detto accesso giudiziale, vale a dire dal trasferimento personale del giudice sul luogo dove il fatto contestato è accaduto o

a cui si riferisce la situazione di fatto controversa, per trarre immediata cognizione dello stato di fatto da accertare. (C. proc. civ. 271 e segg.). Ma accanto a questo caso tipico ed espressamente contemplato stanno tutti gli altri assai numerosi in cui il giudice dall'ispezione personale di oggetti, di documenti ecc. trae il suo convincimento sulla loro provenienza, sulla loro autenticità o genuinità, sul modo con cui si è verificato un fatto a cui essi si riferiscono. Talune volte, è vero, per apprezzare questi elementi di fatto il giudice si rimette al giudizio di un perito, ma vi sono casi in cui egli si affida piuttosto al giudizio diretto che la cognizione di questi elementi produce in lui.

Se egli è venuto a cognizione degli elementi senza il concorso dell'attività delle parti per la esperienza che egli ha come uomo e come cittadino di un certo ordine di fenomeni, si può avere allora accertamento di un fatto mediante la scienza privata del giudice. Questo elemento probatorio ha più importanza di quello che si creda comunemente, perchè vi è una quantità di fatti di pubblico dominio che le parti non provano e che il giudice ammette in virtù della cognizione diretta che ne ha (fatti politici, scoperte, procedimenti tecnici molto noti, usi molto conosciuti ecc.)

B) Una seconda importantissima fonte di convincimento per il giudice circa la verità dei fatti allegati è costituita dalle <u>dichiarazioni delle parti</u>. Questa categoria comprende tutte le specie di dichiarazioni, che le parti emettono in giudizio e fuori di giudizio, fra cui è da notare la <u>confessione</u> (cod. civ. art. 1355 e segg.) sia spontanea, sia provocata mediante <u>interrogatorio</u> (cod. proc. civ. 216 e segg.), e il <u>giuramento</u> cod. civile 1362 e segg. cod. proc. civ. art. 220 e segg.)

C) La terza categoria dei mezzi di prova è data dalle dichiarazioni di terzi sia sulla conoscenza dei fatti allegati che essi possono avere (<u>testimonianze</u>) sia sull'apprezzamento tecnico che essi fanno del valore probatorio degli elementi di fatto acquisiti (<u>perizia</u>).

Della testimonianza si occupa il codice civ all'art. 1314 e segg. e il cod. di proc. civ. 229 e segg.; della perizia il cod. di proc. civ. agli art. 252 e segg.

D) La quarta ed ultima categoria di mezzi di prova è data dai <u>documenti</u>, cioè dagli scritti, in cui è affermata direttamente o indirettamente l'esistenza del fatto allegato (cod. civ. art. 1313-1341; cod. proc. civ. art. 282-319).

Non intendiamo qui di dare una trattazione completa dei mezzi di prova; ciò esorbiterebbe dal nostro compito, che deve limitarsi ad espor-

re le particolarità, che offrono i mezzi di prova in materia commerciale.

In materia comm.le la categoria di mezzi di prova, su cui il legislatore ferma particolarmente la sua attenzione, per disciplinare minutamente il valore probatorio, è quella dei documenti.

L'art. 44 del cod. di Comm. enumera, oltre le due grandi categorie di documenti, che già il cod. civ. disciplina, cioè gli atti pubblici e le scritture private, una serie di altri documenti più particolarmente usati in materia commerciale, vale a dire le note dei mediatori, le fatture, la corrispondenza, i libri, commerciali, i telegrammi.

Delle due categorie di documenti dei quali si occupa il codice civile diremo brevemente, più largamente invece ci occuperemo dei documenti speciali alla materia di commercio (note dei mediatori, fatture, corrispondenze, libri commerciali, telegrammi.

I°) Atti pubblici. Atto pubblico, secondo la definizione del codice civile, è il documento redatto colle formalità di legge da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli la pubblica fede. L'atto pubblico fa piena fede della convenzione e dei fatti seguiti alla presenza del notaio o del pubblico ufficiale che lo ha redatto, fino a che la verità dei fatti documentati non sia impugnata con querela di falso (cod. civ art. 1317); le contro dichiarazioni fat

te per scrittura privata non hanno effetto che tra le parti contraenti.

1° *Scrittura privata*. Per scrittura privata in *senso ampio* si intende ogni documento proveniente da un privato: quod auctoritate privata a privatis est compositum. È naturale che il documento deva provenire da colui contro il quale si allegano i fatti in esso menzionati. In *senso ristretto* o proprio, invece, la scrittura privata deve essere sottoscritta dalla parte, contro cui si oppone e deve essere indizzata alla parte che la invoca. Solamente questo secondo tipo di documento fa piena prova fra coloro che l'hanno sottoscritto; mentre la scrittura privata in senso lato o improprio merita un grado di credibilità molto vario secondo la particolare natura dello scritto. Così la copia di un atto fatta da un ufficiale pubblico a ciò non autorizzato, e di cui manchi l'originale costituisce principio di prova, se è fatto da più di trenta anni e semplice indizio se è più recente. cod. civ. 1338). La dichiarazione fatta ad un terzo costituisce un semplice indizio (art. 1358 cod. civ.); i registri e le carte domestiche fanno invece piena prova contro colui che le ha scritte quando enunciano formalmente la ricevuta di un pagamento o quando contengono una espressa menzione che l'annotazione è stata scritta per supplire alla mancanza di titolo a favore del creditore (cod. civ. 1330). Così le annotazioni fatte dal creditore sopra un titolo di

credito, che tendono a dimostrare la liberazione del debitore fanno prova della liberazione (art. 1331 cod. civ.); invece i libri dei commercianti nei rapporti coi non commercianti non fanno fede dalle somministrazioni che vi sono annotate, ma possono autorizzare il giudice a deferire, d'ufficio, il giuramento (art. 1328).

Vi è dunque notevole differenza tra il valore probatorio delle vere scritture private e quello delle scritture private in senso improprio.

Ora si domanda: quando l'art. 44 del cod. di Commercio stabilisce che le obbligazioni e le liberazioni commerciali si provano mediante scritture private, la legge ha inteso di alludere alla scrittura privata in senso proprio, o alla scrittura privata in generale quindi a quella in senso lato o improprio?

A favore della prima opinione è stato affermato che l'art. 44 contrappone le scritture private agli atti pubblici precisamente come fa il codice civile, che per scrittura privata intende la scrittura in senso proprio; che l'art. 44 nell'enumerazione che segue, dei vari mezzi di prova ammessi in materia commerciale ricorda una serie di documenti, che sono scritture in senso lato, donde quando parla di scrittura privata intende riferirsi alla scrittura privata in senso proprio.(1)

(1) Pagani nel "Commentario" al cod. di comm. art. 44 n. 223

Ma contro questa interpretazione più rigorosa sta una considerazione che a noi sembra decisiva; ed è questa: che l'enumerazione dell'art. 44 è eminentemente esemplificativa, di modo che la enumerazione delle varie scritture private improprie in essa contenuta deve estendersi a tutte le scritture improprie; e perciò è chiaro che in materia di commercio anche le scritture improprie fanno piena fede. Questa soluzione è del resto confermata dal fatto che se si ammettesse la interpretazione contraria, dovrebbero essere esclusi quegli altri documenti che, non rientrando nel concetto di scrittura privata in senso proprio, non sono esplicitamente ricordati nell'art. 44 (registri e carte domestiche, copie fatte da pubblico ufficiale non autorizzato ecc.). Ora questa conseguenza è assurda perché non si può ammettere che il codice di Commercio contenga disposizioni più restrittive del codice civile ed è poi in manifesta contraddizione con l'ultima parte dell'art. 44, che ammette i mezzi di prova ammessi dalle leggi civili.

In conclusione crediamo che per l'art. 44 anche la scrittura privata in senso improprio ha il valore probatorio che il diritto civile attribuisce alla scrittura privata in senso proprio.

Ma ciò ammesso rimane ancora da decidere un'altra questione se cioè quando invece la legge commerciale esige l'atto scritto, sia come forma essenziale dell'atto, sia agli effetti della limitazione della prova testimoniale (art. 53 cod. di comm.),

la scrittura privata debba rivestire quei requisiti propri della scrittura privata in senso ristretto. A noi sembra che la sottoscrizione è certamente indispensabile; ma non è indispensabile la contestualità delle sottoscrizioni, vale a dire, non è necessario che sia stato redatto un unico documento firmato da ambedue le parti. Quindi la scrittura può anche risultare da due scritti distinti, per es; da scambio di lettere; e ciò perché siamo di avviso che la contestualità non sia un requisito necessario neppure per le scritture private in senso proprio.

Studiamo ora i singoli elementi delle varie specie di scritture private.

I° Corpo dell'atto, vale a dire il complesso delle dichiarazioni, in cui si concreta la manifestazione della volontà delle parti relativamente al fatto giuridico di cui si tratta.

Fra queste dichiararioni deve ancora distinguersi quella parte in cui a modo di premessa si enunciano gli antecedenti dell'atto, dalla parte in cui si manifesta effettivamente la volontà dei dichiaranti e che costituisce l'essenza dell'atto.

La prima parte si vuol chiamare enunciativa; la seconda si chiama parte dispositiva o disposizione semplicemente.

II° La data, cioè l'indicazione del luogo e del tempo in cui la scrittura fu formata. Si deve notare, a questo proposito, che la determinazione del

tempo e del luogo di formazione della scrittura non è necessariamente la constatazione di un fatto, ma in un certo senso deve considerarsi parte della dichiarazione di volontà. In altri termini è consentito alle parti di determinare la data in modo diverso dalla realtà. Non vi è infatti nessuna difficoltà giuridica, in via di principio, a che per effetto di accordo fra le parti, queste considerino la scrittura formata in un luogo e in tempo di loro scelta.

Sotto questo punto di vista e nei rapporti perciò fra le parti la data può costiture oggetto della dichiarazione di volontà, nella scrittura può considerarsi come un elemento della parte dispositiva.

La data delle scritture commerciali deve indicare il luogo, il giorno, il mese e l'anno (codice di comm. art. 55). Tanto il luogo quanto il tempo in cui fu formata la scrittura può esprimersi con indicazioni equipollenti.

III° La sottoscrizione, vale a dire la indicazione della persona della parte, scritta di suo pugno.

La sottoscrizione è l'elemento più importante della scrittura, nel senso che essa determina la provenienza della scrittura.

Quindi la sottoscrizione, come abbiamo veduto, deve essere genuina, cioè deve essere apposta di propria mano da chi figura come sottoscrittore.

La sottoscrizione fatta da un terzo, qualora questi non dichiari di agire come rappresentante, aggiungendo all'indicazione del nome del rappresentante anche la sua propria sottoscrizione, non ha alcun valore giuridico.

Questa particolarità della sottoscrizione dipende da ciò che, mediante la sottoscrizione, l'autore della scrittura la fa propria, dichiara di conoscere, di approvare e di volere tutto ciò che è indicato nel corpo dell'atto. Di regola non è richiesta alcuna forma rigorosa per la sottoscrizione: è sufficiente che essa risponda ai due requisiti intrinseci che la costituiscono, che sono: la genuinità o l'autencità, l'essere cioè di mano propria della parte, e la determinazione specifica della persona della parte.

Quindi non sono ammessi i mezzi artificiali o meccanici di indicazione (timbri, segni), anche se contengono per disteso il nome e cognome della parte; manca qui la genuinità o autenticità. Neppure è ammesso il segno di croce, che non costituisce un'indicazione specifica della personalità della parte; e per la stessa ragione non sono ammesse le sottoscrizioni, in cui si limita a indicare l'ufficio della parte e non la sua persona (es: il direttore il cassiere).

Ma all'infuori di questi due requisiti (autenticità e personalità), la sottoscrizione di regola non richiede alcun vero requisito formale. Vi sono alcuni atti, in cui occorre la indicazione del nome e cognome o della ditta, per es. nella cambiale; ma è da ritenere che una sigla e anche un pseudonimo, usati come firma, possano valere come sottoscrizioni, purchè autentici e personali.

La regola che solo la sottoscrizione deve essere autentica, cioè essere di mano propria dell'autore della scrittura, mentre tutto il resto della scrittura stessa può essere di mano altrui, trova una eccezione soltanto in diritto civile per la polizza o promessa unilaterale a pagare una somma di danaro o altra cosa valutata in quantità.

La polizza deve essere scritta per intero da chi la sottoscrive o per lo meno è necessario che questi aggiunga di propria mano un "buono od approvato" indicante in lettere per disteso la somma o la quantità della cosa (cod. civ. art. 1325). Affrettiamoci ad aggiungere che in materia commerciale questa disposizione non si applica, e si rientra nella regola generale per cui solo la sottoscrizione deve essere autentica (cod. civ. ultimo capoverso).

Questa regola ci spiega la possibilità di una scrittura privata in cui la sottoscrizione sia apposta _prima_ della formazione del corpo della scrittura; o in altri termini di una _sottoscrizione in_

bianco.

Si tratta di un modo di formazione delle scritture private molto usato. Il sottoscrittore invece di apporre la sua firma dopo la formazione della scrittura, la pone prima in calce ad un foglio bianco, ed affida il foglio ad altri perché lo riempia.

Tale modo di formazione delle scritture private si deve ritenere legittimo, perché nulla vieta di anticipare l'approvazione del contesto della scrittura, che é la funzione propria della sottoscrizione.

Non vi é bisogno per legittimare il bianco segno di ricorrere ad alcuna teoria speciale, sopratutto non é necessario di ritenere che chi sottoscrive il foglio in bianco intenda di dare a colui, a cui consegna il foglio, un mandato. In realtá non vi é qui alcun mandato, vi é soltanto approvazione preventiva e personale fatta mediante la sottoscrizione, di ció che sará contenuto nel corpo della scrittura.

Solamente, perché quest'approvazione preventiva sia valida, occorre un contenuto se non determinato almeno determinabile. Una dichiarazione di volontá senza contenuto non sarebbe concepibile. Occorre pertanto che: o fra il sottoscrittore e il consegnatario del foglio in bianco sieno intercorsi patti precisi circa il modo di riempire il foglio, oppure

che il sottoscrittore si rimetta al giusto arbitrio del consegnatario. L'arbitrio puro e semplice del consegnatario non sarebbe sufficiente; occorre l'arbitrio temperato dalla giusta valutazione delle circostanze, che si chiama arbitrium boni viri.

L'applicazione più importante della teoria della sottoscrizione in bianco si ha nella cambiale rispetto a cui sono sorte appunto le questioni più gravi.

La scrittura privata fa piena fede fra le parti quando è riconosciuta (art. 1320 cod. civ.). Perciò colui contro cui si produce una scrittura privata deve dichiarare se riconosce la propria sottoscrizione (cod. civ. articolo 1321). Se ammette di riconoscerla, la scrittura fa piena prova; se tace o nega di riconoscerla, si procede alla verificazione giudiziale della scrittura (articolo 1322 codice civile). Si hanno per riconosciute le sottoscrizioni autenticate da notaio.

Malgrado il riconoscimento è però sempre possibile combattere il contenuto della scrittura.

Il riconoscimento attesta solamente l'autenticità dell'atto, ma non già anche la esattezza del contenuto. Pertanto è sempre possibile, fermo restando l'autenticità dell'atto, di mostrare tutto ciò che tende o a distruggere la validità della dichiarazione (esempio, per vizio di volontà, incapacità del dichiarante) o ad impugnare la verità di ciò che è

dichiarato.

Nè fa ostacolo a questo principio la disposizione dell'art. 1341 del codice civile per cui si nega la prova testimoniale contro o in aggiunta al contenuto di atti scritti. Anzitutto l'inammissibilità della prova testimoniale non è assoluta per l'art. 1341, essendovi casi in cui la prova testimoniale è eccezionalmente ammessa (art. 1348 codice civile): in secondo luogo vi sono anche altri mezzi di prova, come altri documenti, il giuramento, l'interrogatorio, i quali si possono ammettere senza limitazione.

Infine in materia commerciale si deroga all'art. 1341 (art. 44 cod. di comm.).

Resta fermo pertanto il principio che si può combattere il contenuto di una scrittura privata riconosciuta e ciò non solo nel caso di una scrittura richiesta ad probationem, ma anche nel caso di una scrittura richiesta ad substantiam.

Non sembri strano che possa combattersi il contenuto di una scrittura privata anche quando è richiesta ad substantiam. Infatti, nei negozi formali che richiedono la scrittura, questa è bensì necessaria per l'esistenza del negozio, ma la sua funzione probatoria non viene per questo meno. In altri termini nei negozi solenni la funzione della scrittura è duplice: serve a costituire il negozio e a provarlo. Ora una volta che la esistenza del negozio è messa fuori di discussione per la esistenza dello scrit

to, la questione del valore probatorio della scrittura deve risolversi alla stregua dei principii generali in materia di prova. E perciò deve ritenersi che sia possibile combattere o anche completare la prova risultante dallo scritto.

La natura solenne dell'atto influisce certo nel senso che la prova contraria ai risultati della scrittura non potrà alterare i risultati dello scritto fino al punto da trasformare completamente il negozio e da sostiture al negozio risultante dallo scritto un altro perfettamente nuovo e diverso, il quale sarebbe nullo per mancanza di forma. Tuttavia anche in questo caso, le risultanze della prova contraria, se sono incapaci a porre in essere il negozio effettivamente stipulato, possono a mio avviso, togliere di mezzo il negozio risultante dallo scritto. Se infatti si dimostra che il negozio risultante dal documento non è quello effettivamente stipulato, ne risulterà questa situazione, che il negozio risultante dalla scrittura non ha valore perchè non fu quello posto in essere dalle parti, e il negozio effettivamente stipulato non ha valore perchè manca della forma legale.

Ciò non impedisce però che, quando la divergenza fra ciò che risulta dallo scritto e ciò che fu effettivamente stipulato sia stata voluta, quando cioè vi fu <u>simulazione</u>, il negozio dissimulato, anche se solenne, sia perfettamente valido.

Nel caso della simulazione infatti le parti vollero porre in essere un certo negozio (negozio dissimulato), ma manifestarono la loro volontà in modo da far risultare dalla scrittura un altro negozio (negozio simulato).

Qui dunque, combattendo le risultanze della scrittura, si riesce semplicemente a determinare quale fu la reale volontà delle parti; in sostanza si fa un lavoro d'interpretazione. Ora, se le parti intesero con una dichiarazione di volontà, che, secondo il comune significato delle parole, dava l'apparenza del negozio A, stipulare effettivamente il negozio B, si ha in sostanza una dichiarazione di volontà espressa, anzichè in linguaggio comune, in un linguaggio convenzionale. Ora, poichè questo linguaggio, sia pure convenzionale, è rivestito della forma prescritta, esso risponde ai requisiti voluti dalla legge ed è perciò valido. Quindi un contratto solenne è <u>valido</u>, purchè la forma adoperata sia quella prescritta per il contratto dissimulato. Così sarà valida una locazione ultranovennale dissimulata sotto forma della compravendita e risultante da scrittura privata, perchè la scrittura basta tanto per la compravendita come per la locazione. Ma non è valida una donazione che richiede l'atto pubblico, dissimulata sotto l'apparenza di una compravendita fatta per semplice scrittura privata.

Per determinare questo tema del valore probatorio della scrittura privata ci rimane da dire qualche cosa sul valore probatorio della data. Vale a dire la dichiarazione di volontà in essa contenuta ed anche i fatti in essa enunciati, purchè abbiano diretto rapporto colla disposizione (cod. civ. art. 1318), si ritengono per veri in relazione a colui da cui la dichiarazione proviene. Se la scrittura è formata con l'intervento di più persone, è quindi naturale che la volontà dichiarata e i fatti enunciati si ritengono per veri di fronte a tutti coloro che sono intervenuti nella scrittura.

Questo principio è riconosciuto esplicitamente nel codice civile; è riconosciuto all'art. 1319 che limita gli effetti delle controdichiarazioni fatte per scrittura privata alle parti contraenti e ai loro aventi causa a titolo universale; è riconosciuto dall'art. 1320 che attribuisce piena fede alla scrittura privata fra quelli che l'hanno sottoscritta e i loro successori.

Al contrario l'atto pubblico, e solo l'atto pubblico, fa piena fede, di fronte ai terzi, dell'esistenza della convenzione dei fatti seguiti alla presenza del pubblico ufficiale che l'ha ricevuto (cod. civ. art. 1317). Questo principio si applica a tutte le dichiarazioni di volontà e a tutti i fatti enunciati nella scrittura privata, quindi anche alla data che, come abbiamo visto, si può considera-

re come parte della dichiarazione di volontà, cioè come un elemento della parte dispositiva.

Quindi la data delle scritture private fa prova nei riguardi delle parti, ma non fa prova nei rispetti dei terzi. Rispetto ai terzi occorre che esista un fatto, il quale metta fuori di dubbio la data effettiva della scrittura, cioè il momento in cui essa è stata formata. Occorre pertanto, secondo l'art. 1327 cod. civ., provare la verità della data:

I° Mediante la trascrizione nell'ufficio di Registro.

II° Mediante un atto steso da pubblico ufficiale che comprovi la sostanza della scrittura.

III° Mediante la dimostrazione che colui, o uno di coloro che l'hanno sottoscritta, non ha potuto, per morte o per impossibilità fisica sottoscrivere la scrittura dopo una certa data.

IV° Mediante altre prove equipollenti.

In sostanza, secondo il codice civile, non soltanto la prova della verità della data di fronte ai terzi deve essere fornita da chi l'afferma, ma i mezzi di prova consentiti sono tassativamente indicati.

Mezzi diversi da quelli elencati nell'art. 1327, o ad essi equipollenti, non sarebbero ammissi

bili.

Il cod. di commercio nell'art. 55 ha tolto di mezzo questo sistema restrittivo e ha dichiarato esplicitamente che la data, di fronte ai terzi, nelle scritture commerciali può essere accertata con tutti i mezzi di prova; quindi anche con testimonianze e con presunzioni.

Questa larghezza di prove è ammessa anche quando la scrittura è richiesta ad solemnitatem, e quindi, a più forte ragione, per quegli atti in cui la scrittura è richiesta ad probationem (art. 53 cod. di comm.). A questa regola fa eccezione il solo caso in cui la data stessa è richiesta in una scrittura privata a pena di nullità, come, per esempio, nella cambiale (codice di comm. 251). In questo caso la mancanza della data sul documento ne produce la nullità, e non può essere supplita da alcuna altra attestazione.

Il codice di commercio non si limita a facilitare la prova della data di fronte ai terzi, ma giunge sino a presumere la verità della data contenuta in certi documenti. E precisamente nelle cambiali e negli altri titoli all'ordine (art. 55 ult. capov.). Qui chiunque invoca la verità della data indicata nel titolo è dispensato da ogni altra prova.

Sono invece coloro che impugnano la verità della data, che devono dare la prova

della sua falsità.

Questo stesso principio si applica per espressa disposizione di legge a tutte le polizze di carico anche non all'ordine (art. 555-558 cod. di commercio). Il fondamento di questa disposizione sarebbe, secondo autorevoli scrittori (1) in ciò che per l'art. 284 del codice penale il falso in cambiale e negli altri titoli all'ordine è punito colle stesse pene degli atti pubblici, la pena più grave rendendo più raro il reato giustificherebbe la presunzione di verità della scrittura.

Ma questo ragionamento si basa sopra un equivoco: si confonde cioè la falsità della scrittura con la falsità delle indicazioni in essa contenute. Si tratta di due ipotesi diverse di falso: la prima delle quali ha nome di falso materiale e la seconda di falso intellettuale. Ora il falso intellettuale è punibile solo negli atti pubblici (art. 276 cod. pen.); non è invece punibile in scrittura privata (cod. pen. 280). Ora la cambiale, abbiamo visto, non è atto pubblico: non lo è in diritto civile e non lo è neanche in diritto penale; perchè il fatto che la pena per il falso in atto pubblico non basta a trasformare la cambiale in un atto pubblico. E pertanto l'apporre sopra la cambiale una data non corrispondente a ve

(1) Vivante: Trattato Vol. IV° n. 1594.

rità non è certamente un reato.

Il fondamento della disposizione dello art. 55 è diverso. Esso sta nella particolare natura della cambiale, e in genere dei titoli all'ordine, che sono titoli eminentemente letterali.

La letteralità, noi sappiamo, importa che il diritto del creditore si misuri strettamente a tenore del titolo, di modo che chi riceve un titolo cambiario sa perfettamente di dover contare per la determinazione dei suoi diritti su ciò che è scritto sul titolo. Ecco dunque che il possesso, pur non essendo venuto in rapporto immediato col sottoscrittore e pur non avendo cooperato alla formazione del negozio cambiario, che, come sappiamo, è un negozio unilaterale, per il fatto solo dell' acquisto del titolo ha accettato di commisurare il suo diritto a ciò che è scritto nel titolo. E poichè fra le indicazioni del titolo vi è la data, così, ricevendo il titolo, accetta di esercitare il diritto così come risulta dalla data apposta. In sostanza nelle cambiali la posizione del possessore è analoga sotto qualche rispetto a quella del contraente per il quale la data apposta nei documenti fa prova fino a che non sia impugnata e dimostrata falsa.

La presunzione dell'art. 55 vale tanto di fronte al possessore quanto a più forte ragione, di fronte al sottoscrittore, nei riguardi del quale essa costituisce una dichiarazione di volontà per

fettamente valida. Ma che dire di quei casi in cui il sottoscrittore, al momento in cui sottoscrisse, era incapace, e appose alla sua firma una data diversa dalla vera, per fare apparire l'obbligazione come assunta in un momento, in cui esso, invece, era, o sarebbe divenuto capace (come per es: un interdetto che antidati la firma ad epoca anteriore alla sentenza di interdizione o un minorenne che la postdati all'epoca della sua maggiore età)?

In questi casi varrà la presunzione di verità sussistendo una causa, l'incapacità, che impedisca al sottoscrittore di manifestare validamente le sue volontà in ordine alla determinazione della data?

Il dubbio è possibile, perché la capacità di chi appone la data è una condizione indispensabile per la sua validità. Ora la _verità_ della data presuppone, innanzi tutto, la _validità_ della data.

In altri termini, si può dire: il problema della _validità_ della data come dichiarazione di volontà è _pregiudiziale_ a quello della sua corrispondenza alla _verità_.

Tutto ciò è verissimo; ma non basta ancora a giustificare la conseguenza, a cui è giunta, qualche volta, la giurisprudenza, che, cioè, allegata la incapacità del sottoscrittore in un periodo anteriore o posteriore alla data, la presunzione del

l'art. 55 cessa, e tocca al possessore dimostrare la verità della data, quale è apposta sul testo.

Con ciò, in sostanza, si viene a porre una presunzione, che non è nella legge; la presunzione che quando vi è incapacità antecedente o susseguente alla data, è la falsità della data che si presume.

Invece, in questi casi, chi allega la incapacità, per provare la nullità della data, deve provare non solo la incapacità, ma il fatto che la cambiale fu sottoscritta durante l'incapacità; il che è quanto dire che tocca a lui provare la falsità della data.

§ 29. Le fatture commerciali

La fattura è la distinta per qualità e prezzo delle cose mobili oggetto dei contratti commerciali.

Da ciò deriva:

I° Che la fattura deve contenere almeno l'indicazione della qualità, della quantità e del prezzo delle merci, ma che può contenere anche altre indicazioni; di regola anzi essa indica la data, il nome della ditta che la emette, quello della ditta che la riceve, il tempo e il modo del pagamento ecc.

II° Che la fattura può essere emessa in occasione di qualunque contratto che dia luogo alla

consegna di merci, quindi nella vendita, nel deposito, nel pegno, nel comodato ecc.

Tuttavia le sue applicazioni più importanti riguardano il contratto di compravendita; ed è di questo tipo di fattura che ci occuperemo particolarmente.

L'art. 44 non si occupa che del valore probatorio della fattura. Ma bisogna anzitutto domandarsi se la fattura abbia solamente una funzione probatoria o abbia anche altre funzioni, specialmente quella di conferire al ricevente la disponibilità delle merci.

Si domanda, in altri termini, se la fattura sia solo un documento probatorio o anche un vero titolo di disposizione.

Esiste nel codice di commercio una disposizione, quella dell'art. 804 capoverso primo, con cui si parifica la fattura alla polizza di carico e alla lettera di vettura, sia con ammettere la possibilità di una fattura all'ordine e al portatore, sia col riconoscere che l'acquirente di una fattura si trova, rispetto alla rivendicazione delle merci in caso di fallimento del compratore, nelle stesse condizioni dell'acquirente di una polizza di carico o di lettera di cambio.

Noi sappiamo che la polizza di carico e la lettera di vettura sono titoli di credito, e precisamente di disposizione, vale a dire, titoli in cui è incorpo

rato il diritto alla riconsegna delle merci in esse indicate. Per questa ragione chi acquista una polizza di carico o una lettera di vettura, acquista il diritto di ritirare le merci, e perciò il codice di commercio considera la trasmissione di questi titoli come equivalente alla consegna delle merci; costituiscono in sostanza un forma di consegna simbolica (articoli 555-362-456-392-804 cod. di comm.).

Ora si domanda, ha lo stesso carattere la fattura? È incorporato in essa il diritto di ritirare la merce, in modo che chi acquista, mediante girata o tradizione manuale, la fattura, acquista il diritto di ritirare la merce?

L'opinione prevalente è per la negativa e giustamente a nostro avviso.

Infatti vi è una differenza profonda tra la polizza di carico, la lettera di vettura, la fede di deposito da una parte, e la fattura dall'altra.

Per ritirare le cose caricate, trasportate o depositate è necessario il possesso della polizza di carico, della lettera di vettura, della fede di deposito.

Vi è perciò veramente la connessione fra il diritto e il documento: solo chi ha il documento ha il diritto.

Invece per ritirare le merci elencate nella fattura, non è affatto necessario il possesso della fattura: anzi non vi è nessun rapporto tra la fattura e il possesso delle merci; la fattura può accom-

pagare le merci; ma può anche essere spedita posteriormente alla consegna.

Abbiamo finora parlato della fattura come titolo di disposizione: è tempo che ci occupiamo della sua efficacia probatoria.

A questo proposito, bisogna distinguere la forza probante della fattura nei riguardi dell'emittente e nei riguardi del destinatario.

A) La fattura fa prova contro l'emittente per il fatto solo della sua emissione, indipendentemente dall'accettazione. Il fondamento giuridico di questa efficacia probante della fattura sta nella confessione stragiudiziale in essa contenuta. La confessione riguarda:

a) un precedente contratto concluso tra l'emittente e il destinatario.

b) la ratifica intervenuta di un contratto concluso fra il destinatario e un rappresentante dell'emittente privo dei necessari poteri;

c) la quantità e qualità delle merci spedite.

In questo caso si applicano le norme riguardanti la confessione (art. 1356 e segg.

cod. civile).

B) La fattura fa prova contro il ricevente solo se è stata accettata.

La accettazione può essere espressa o tacita.

L'accettazione espressa può farsi mediante comunicazione scritta (per lettera o per telegrafo) od orale, e anche mediante la semplice sottoscrizione apposta ad uno degli esemplari della fattura.

L'accettazione tacita si desume da atti concludenti come il ritiro della merce dopo il ricevimento della fattura, o il deposito di essa nei magazzini del destinatario, o la rivendita, o il rilascio di cambiali in pagamento, sempre avvenuti dopo il ricevimento della fattura.

Si discute se possa equivalere ad accettazione tacita il silenzio, ossia il semplice comportamento passivo del ricevente. La giurisprudenza prevalente è d'avviso che colui il quale riceve la fattura e non protesta, si deve intendere che l'abbia accettata. Non possiamo consentire in questa opinione, perchè il semplice comportamento passivo non può equivalere a dichiarazione di volontà, a meno che non sia accompagnato da circostanze tali, da togliere ad esso il suo naturale carattere di equivocità.

Considieriamo qui la fattura solo come mezzo di prova. Sotto questo punto di vista è ir-

rilevante che essa si riferisca esattamente al contratto già concluso, o contenga clausole nuove. La esistenza e la validità così dell'uno come delle altre è un problema affatto distinto da quello del valere probatorio della fattura, e deve risolversi secondo i principi generali che regolano la conclusione dei contratti.

Così le clausole nuove, introdotte nella fattura, sono, per l'emittente, semplici proposte, che vincoleranno, secondo le norme generali dell'art. 36, quando vi sia l'accettazione, e questa sia giunta a notizia del proponente, salvo i casi in cui l'art. 36 ammetta che il contratto si perfezioni con l'inizio dell'esecuzione. Egualmente, queste proposte vincolano il ricevente solo quando egli le abbia accettate, sempre secondo i principi dell'art. 36. Pertanto l'accettazione di una fattura che contenga nuove clausole, ha un effetto di diritto sostanziale ed uno di diritto probatorio; essa perfeziona un nuovo contratto e ne costituisce la prova

§ 30 La corrispondenza è costituita dalle lettere, dalle cartoline e dai telegrammi, spediti e ricevuti, essa deve essere dal commerciante conservata secondo quanto dispone l'art. 21 cod. di comm.

L'originale della corrispondenza è una scrittura privata: si applicano ad essa tutte le

norme concernenti l'efficacia probatoria e costitutiva delle scritture private. Anche i contratti solenni, per cui sia sufficiente la scrittura privata, possono farsi per corrispondenza, quando questa costituisce una scrittura privata in senso proprio, porti cioè la sottoscrizione del mittente. Dal punto di vista dell'efficacia probatoria, può far prova anche la corrispondenza non sottoscritta, purchè si possa provare che la lettera proviene dalla persona a cui viene apposta.

Ma la particolarità dell'efficacia probante della corrispondenza sta in ciò che fa prova non solo l'originale della corrispondenza, bensì anche la copia riprodotta nel copialettere, e la prova non solo contro ma anche in favore del commerciante, secondo le norme concernenti i libri di commercio (art. 50) di cui uno appunto è il copialettere.

Il copialettere fa prova del contenuto delle lettere e telegrammi in esso trascritti, non già della spedizione e del ricevimento. Queste circostanze debbono essere provate separatamente quando sia stata provata la spedizione e il ricevimento di una lettera che possa essere individuata come quella trascritta nel copialettere, questo fa prova senz'altro del suo preciso tenore.

Una trattazione a parte, nella corrispondenza, meritano i telegrammi.

Ai telegrammi il codice dedica gli art. 45, 46, e 47.

Telegramma, nel senso proprio della parola, è lo scritto che viene rimesso al destinatario dall'ufficio telegrafico d'arrivo, mentre originale del telegramma o dispaccio, è lo scritto che il mittente consegna all'ufficio di partenza.

Il telegrafo essendo un mezzo di trasmissione della dichiarazione di volontà del mittente, il telegramma può, senza difficoltà, considerarsi una copia dell'originale depositata nell'ufficio di partenza. Copia indiretta, certo, perchè l'ufficio d'arrivo compila il telegramma non sull'originale bensì sui segni, quali li trova trasmessi dall'ufficio di partenza, ma copia, perchè alla sua volta l'ufficio di partenza riproduce nei segni, l'originale che gli fu consegnato. In sostanza, il telegramma si può definire la copia di una copia. Ora è chiaro che il valore di una copia dipende: 1° dal valore dell'originale: 2° dalla fedeltà della copia.

Secondo i principii generali, pertanto, chi riceve un telegramma e vuol valersene come mezzo di prova, dovrebbe provare 1° che l'originale è esso stesso un idoneo mezzo di prova; 2° che la copia riproduce fedelmente l'originale. La legge nell'art. 45, viene in soccorso del destinatario del telegramma, stabilendo che quando egli possa provare che l'originale è stato sottoscritto dal mittente o è stato da lui consegnato o fatto consegna

re all'ufficio di partenza, il telegramma fa senz'altro, prova come scrittura privata.

Questa disposizione è stata interpretata in tre modi.

Vi è stato chi ha sostenuto essere la prova non solo della sottoscrizione o della consegna dell'originale, ma anche della conformità del telegramma all'originale, interamente a carico del destinatario. La facilitazione consisterebbe solo nell'equiparare alla scrittura privata il dispaccio o originale non sottoscritto, ma semplicemente consegnato o fatto consegnare dal mittente.

Secondo un'altra opinione, provata la sottoscrizione o la consegna, la conformità sarebbe senz'altro presunta e con una presunzione _iuris et de iure_, non suscettibile cioè di prova contraria.

Secondo un terza opinione, che non accettiamo, provata la sottoscrizione o la consegna, la conformità del telegramma all'originale viene presunta con una presunzione _iuris tantum_. Infatti, con la perfezione tecnica raggiunta dai mezzi di trasmissione telegrafica, le cause di errore di riproduzione sono ridotte al minimo. Si giustifica pertanto perfettamente la presunzione di conformità del telegramma all'originale, che è basata sopra una effettiva probabilità. Non si giustificherebbe, invece, una presunzione assolu-

ta, per cui si finirebbe per dare la prevalenza, come dichiarazione di volontà del mittente, al telegramma in confronto del dispaccio.

Questa opinione è altresì giustificata dal testo della legge, la quale dice appunto che, provata la sottoscrizione o la consegna, il telegramma, fa, senz'altro, <u>prova come scrittura privata</u>, escludendo che occorra nient'altro perché il telegramma spieghi la sua efficacia probatorio.

Stabilita, dunque, per via di prova, data dal destinatario, la provenienza dell'originale dal mittente, e, per via di presunzione, la conformità del telegramma all'originale, il telegramma fa <u>prova come scrittura privata</u>.

Ciò significa che il telegramma, sebbene non porti mai la sottoscrizione del mittente, è dalla legge equiparata alle scritture private in senso proprio o ristretto.

L'art. 45 stabilisce che il telegramma fa prova come scrittura privata; ciò vuol dire che esso ha solo il <u>valore probante</u>, non anche, <u>il valore costitutivo</u> delle scritture private. Esso quindi non può servire a porre in essere negozi giuridici, per cui è chiesta la scrittura <u>ad substantiam</u>.

Il primo capoverso dell'art. 45 aggiunge che "se la sottoscrizione dell'originale è autenticata da notaio, si applicano i principi generali; se la identità della persona che ha sottoscritto o conse-

guato l'originale fu accertata con altri modi stabiliti dai regolamenti telegrafici, è ammessa la prova contraria.[21]

La prima parte di questa disposizione potrebbe far credere che, quando l'autentica notarile risulta dal telegramma, la sottoscrizione dell'originale si ammette come vera fino a querela di falso. Ma si tratterebbe di una illazione eccessiva. Il telegramma non è opera del notaio, ma dell'ufficiale telegrafico: l'attestazione dell'esistenza dell'autentica è dunque perfettamente contestabile senza querela di falso: basta impugnarla, e dare, in qualunque modo, la prova della sua falsità. Ma se l'attestazione risulta vera, la verità della sottoscrizione dell'originale rimane provata fino a querela di falso. Quando dunque il telegramma recapitato al destinatario reca l'attestazione dell'ufficio telegrafico che la sottoscrizione dell'originale è autenticata da notaio, nasce la presunzione della esistenza nell'originale dell'autentica, e conseguentemente l'altra presunzione dell'autenticità della firma, che non si può vincere se non con la querela di falso.

La seconda parte del primo capoverso dell'art. 45 stabilisce la presunzione di legittima provenienza anche nel caso in cui la identità del mittente sia accertata nei modi stabiliti dai regolamenti telegrafici. Si tratta anche qui una presunzione <u>iuris tantum</u>, che può essere combattuta con

ogni mezzo di prova.

Un'ultima presunzione legale è stabilita dal secondo capoverso dell'art. 45 per cui la data che risulta del telegramma come data di spedizione o di arrivo negli uffici telegrafici si presume come vera sino a prova in contrario.

Si tratta, in sostanza, di una ulteriore estensione della presunzione, per cui, accertata la provenienza del telegramma del mittente, si presume la conformità del telegramma all'originale o di dispaccio. La data, infatti, è un elemento dell'originale; se la data del telegramma si presume vera, ciò implica che essa si presume corrispondente a quella dell'originale.

In questa materia del valore giuridico del telegramma come riproduzione del dispaccio, una disposizione assai oscura è quella dell'art. 47, il quale aggiunge che "nelle materie commerciali, il mandato e qualunque dichiarazione di consenso, anche giudiziale, trasmessi per telegramma con sottoscrizione autenticata da notaio secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, sono validi e fanno prova in giudizio."

La coordinazione tra questo articolo e il primo capoverso dell'art. 45 non è facile. Per l'art. 45 già citato, quando l'originale è autenticato da notaio, e

la menzione dell'autentica é riprodotta nel telegramma, l'autenticitá della firma si presume fino a querela di falso. Che cosa aggiunga a questa disposizione l'art. 47 non si sa. Anzi l'inciso "nelle materie commerciali" costituirebbe, di fronte all'art. 45 una limitazione, giacche l'art. 45, come é pacifico, si applica nelle materie civili, essendo una di quelle disposizioni, come l'art. 36, scritte per occasione, nel Codice di Commercio, ma che sono applicazioni e sviluppi di principi generali del diritto privato.

In sostanza, l'art. 47 appare una distinzione per lo meno superflua. La spiegazione migliore che sia stata data nell'inserzione di questo articolo nel codice di Commercio é quello del Coppa Zuccari,[1] secondo il quale con l'art. 47 si é voluto dare al telegramma autenticato oltre che l'efficacia probante, di cui giá si occupa l'art. 45, anche l'efficacia costitutiva, che per l'art. 45 é esclusa. Abbiamo giá veduto che con l'art. 45 il legislatore ha attribuito al telegramma, benché sia opera dell'ufficiale telegrafico e non della parte, lo stesso valore probatorio di una scrittura privata, ma non gli ha dato anche l'efficacia costitutiva, la possibilitá cioé di dar vita a negozi giuridici per cui sia richiesta la scrittura ad solemnitatem. Questa efficacia viene

---

(1) I telegrammi in rapporto alle scritture private, Roma, 1900, n. 12 e segg.

attribuita al telegramma dall'art. 47 quando l'originale o dispaccio porti l'autentica del notaio. Ciò si desume, anche dalla diversa locuzione usata nei due articoli: mentre nell'art. 45 si dice che il telegramma fa prova come scrittura privata, l'art. 47 dice che il telegramma è valido e fa prova.

La distinzione fra telegramma e originale o dispaccio, per cui il telegramma conseguato al destinatario non deve considerarsi che come la copia indiretta dell'originale, importa che decisivo, per l'efficacia giuridica del telegramma, è il tenore del originale e non quello della copia recapitata al destinatario. Il dispaccio e non il telegramma contiene la dichiarazione di volontà del mittente (Segrè, Comm. all'art. 46 n. 4). In caso dunque di difformità tra l'originale e il telegramma, non vi sarà una valida dichiarazione di volontà perchè la dichiarazione pervenuta al destinatario non è quella voluta dal mittente, e quella effettivamente voluta dal mittente non è giunta al destinatario.

In questa ipotesi nasce il dubbio se si tratti di un caso di divergenza tra volontà e dichiarazione, oppure di un caso di dichiarazione di volontà non perfezionata. La distinzione è importante, perchè se si tratta di vizio della dichiarazione di volontà, al disaccordo tra volontà e dichiarazione non produce nullità, quando è dovuta a colpa del

dichiarante, mentre se si tratta di dichiarazione incompleta, la nullità vi è sempre, salvo il risarcimento dei danni, quando la dichiarazione giunga alterata al destinatario, per colpa del mittente.

Noi crediamo che non si possa parlare di divergenza tra volontà e dichiarazione, perchè il telegramma non è un mezzo di manifestazione della volontà del mittente, ma bensì un mezzo di trasmissione della volontà già dichiarata nell'originale o dispaccio. Per conseguenza, anche nel caso di errore di trasmissione avvenuto per colpa del mittente, non si avrà mai la validità della dichiarazione errata contenuta nel telegramma, ma solo il risarcimento dei carichi a danno del mittente, quando i danni vi siano e vi sia la colpa del mittente.

In questo senso infatti sembra aver risoluto il problema l'art. 46 Codice di commercio, il quale stabilisce che "in caso di errori o di ritardi nella trasmissione dei telegrammi, si applicano i principii generali intorno alla colpa; ma il mittente di un telegramma, se abbia curato di farlo collazionare o raccomandare secondo le disposizioni dei regolamenti telegrafici, si presume esente da colpa".

In virtù di questa disposizione il risarcimento del danno deve essere prestato da quello fra i soggetti che intervengono nella trasmissione

telegrafica, mittente, amministrazione telegrafica, destinatario, al quale deve farsi risalire la colpa dell'errore e del ritardo, colpa che deve essere rigorosamente provata secondo le norme del diritto comune.

Quanto all'amministrazione telegrafica, alla quale, nella maggior parte dei casi è imputabile l'errore o il ritardo, essa è stata esonerata da ogni responsabilità da una serie di disposizioni regolamentari, ribadite dalla legge 7 aprile 1892 n. 184 sui telefoni, che estese espressamente l'irresponsabilità dello Stato pel servizio telefonico anche al servizio telegrafico, togliendo così di mezzo ogni dubbiezza che potesse esservi per l'innanzi circa la costituzionalità delle precedenti norme regolamentari. In tal modo oggi, qualunque sia la colpa dell'amministrazione, ogni responsabilità è esclusa e il danneggiato può chiedere solamente il rimborso della tassa pagata o l'indennità fissa, se il telegramma è stato raccomandato. La responsabilità intera sussiste solo nel caso di dolo. Nè si può ammettere che, esclusa la responsabilità dell'amministrazione, resti la responsabilità personale degli impiegati colpevoli d'errore o del ritardo. A parte la nessuna rilevanza pratica di una simile responsabilità, è certo che qui non si tratta di colpa contrattuale, di colpa per inadempimento di obbligazioni, e pertanto dell'inadempimento non può rispondere se non chi ha assunto l'obbligazione, quindi nel caso nostro

gato.

Esclusa la responsabilità dell'amministrazione, rimane quella del mittente o del destinatario, secondo che l'uno o l'altro è in colpa. La colpa del mittente può consistere nell'aver male compilato il dispaccio, nell'avergli dato un indirizzo inesatto o incompleto, nell'averlo presentato troppo tardi all'ufficio telegrafico ecc. La colpa del destinatario può consistere nel non aver chiesto la rettifica di un telegramma ambiguo od incompleto, nel non aver lasciato il proprio indirizzo, nel non aver pagato le sovratasse a cui era subordinata la consegna del telegramma. La colpa deve essere giudicata secondo la diligenza media di un buon commerciante, senza richiedere una diligenza speciale od eccessiva.

Quando l'errore od il ritardo dipendono da colpa dell'amministrazione, essa costituisce di fronte al mittente e al destinatario, caso fortuito, e ciascuno sopporta il danno che ha ricevuto.

La colpa del mittente si presume esclusa, quando egli abbia fatto collazionare o raccomandare il telegramma. Il collazionamento del telegramma consiste nel farlo ripetere immediatamente dall'ufficio di destinazione, con l'intervento degli uffici intermedi che cooperano alla trasmissione. Contro la presunzione di irresponsa-

bilità è ammessa, s'intende, la prova contraria.

§31 *I libri commerciali*

I libri di commercio sono i registri, in cui i commercianti annotano i loro affari, da vari punti di vista e in modo più o meno minuzioso e particolareggiato. Anche i privati sogliono tenere libri, dove registrano i movimenti della loro azienda domestica: la differenza tra i libri dei commercianti e i libri dei non commercianti sta in ciò: che la tenuta dei primi è obbligatoria, mentre la tenuta dei secondi non lo è affatto; e che i libri dei commercianti hanno una forza probante che manca ai libri dei non commercianti.

A) Obbligo della tenuta dei libri. L'obbligo della tenuta dei libri è imposto nell'interesse del commerciante, perché egli possa essere al corrente dei propri affari, della propria situazione patrimoniale e trarre da essa una prova dei suoi diritti, nell'interesse di chi contratta con lui perché possa fondarvi le sue difese; ma, sopratutto, nell'interesse pubblico, perché nel caso di fallimento si possa ricostruire con precisione la serie delle operazioni compiute, conoscere la consistenza vera del patrimonio e scoprirne le simulazioni e le sottrazioni (Vivante I n. 172). Anzi il fondamento dell'obbligo della tenuta dei libri è proprio questo, tanto è vero che le sanzioni dell'obbligo si applicano unicamente in caso di falli-

mento. Il commerciante fallito, che non ha tenuto regolarmente i suoi libri, è, per ciò solo colpevole di bancarotta (Cod. di Comm. art. 856 n. 5, 857 n. 1, 859).

L'obbligo di tenere i libri incombe ad ogni commerciante; anche al piccolo commerciante girovago anche all'analfabeta, che, non potendo tenere personalmente i suoi libri, dovrà incaricarne altri.

I libri, la cui tenuta è obbligatoria, sono:

1°) il libro giornale (cod. di comm. art. 21) nel quale il commerciante deve notare distintamente, giorno per giorno, tutte le operazioni del suo commercio, e tutto ciò che riceve o paga per qualsivoglia titolo, commerciale o civile. Devono essere annotate anche le spese che il commerciante fa per la sua famiglia, ma basta che siano annotate in una cifra comprensiva mese per mese. Le grandi aziende, che non possono registrare in un solo libro tutte le loro operazioni, dividono il giornale in tante sezioni quanti sono i rami dell'azienda generale e si riassumono poi i risultati in un giornale complessivo. I vari libri speciali costituiscono, nel loro insieme, il libro giornale prescritto dalla legge: il libro riassuntivo non è il vero libro giornale voluto dall'art. 21, è un libro ausiliario, meramente facoltativo.

2°) il libro degli inventari (Cod. di Commercio art. 22). L'inventario è la descrizione che alla fine di ogni anno, il commerciante deve fare dello stato del suo patrimonio. In questa descrizione il commerciante deve indicare, tutti i suoi debiti e crediti, di qualunque natura e provenienza. I beni sono quelli realmente esistenti e stimati al loro giusto valore alla data dello inventiario. I crediti si annoteranno al loro valore nominale, se sono rimanenze esigibili, altrimenti si annoteranno con una congrua detrazione, se sono inesigibili non si annoteranno affatto. L'inventario deve essere rinnovato ogni anno, e trascritto in un registro apposito o anche nel libro giornale, come accade per le piccole aziende che premettono all'inizio delle registrazioni di ciascun anno, la descrizione dello stato patrimoniale. È necessario che l'inventario sia fatto annualmente, non che vi sia un libro apposito per gli inventari. All'inventario deve seguire il bilancio, in cui si riassume il passivo e l'attivo dell'azienda e il conto dei profitti e delle perdite, che è un conto dove gli affari sono classificati sommariamente dal punto di vista degli utili e delle perdite che hanno prodotto.

3°) il copialettere (Cod. di comm. art. 21 cap.). Il copialettere contiene la riproduzione a

mano o meccanica di tutte le lettere e di tutti i telegrammi che il commerciante spedisce.

4°) *i fascicoli della corrispondenza in arrivo.* (Cod. di comm. art. 21 cap.), che raccolgono tutte le lettere e tutti i telegrammi, che il commerciante riceve.

Oltre i libri obbligatori, il commerciante *può* tenere dei libri *facoltativi od ausiliari*: e nel fatto, tutte le aziende bene ordinate li tengono.

Tra i libri ausiliari i più importanti sono:

1°) *il libro mastro*, in cui vengono riportate *sistematicamente* le annotazioni che nel libro giornale si fanno *cronologicamente*; ogni corrispondente vi ha un conto speciale, col rispettivo dare ed avere;

2°) *lo scadenzario* in cui si tien conto delle scadenze cambiarie attive e passive;

3°) *il libro-magazzino*, in cui si tien conto del movimento delle merci;

4°) *il libro cassa*, in cui si tien conto delle somme pagate e riscosse ecc.

Perchè i libri possano dirsi *regolarmente tenuti*, occorre:

1°) che essi siano *preventivamente vidimati* (cod. di comm. art. 23). La vidimazione si fa da un giudice del tribunale o dal pretore, e, nei luoghi dove non risiede il pretore, da un notaio.

Il libro giornale e il libro degli inventari vengono numerati e firmati foglio per foglio, dichiarandosi nell'ultima pagina il numero dei fogli di cui il libro consta, con la sottoscrizione del magistrato o del notaio. Il copialettere deve essere firmato in fine con la dichiarazione del numero dei fogli che contiene.

Nei tribunali si deve tenere un registro in cui sono notati i nomi dei commercianti, che hanno presentato i libri, la natura di questi, e il numero dei fogli firmati; i pretori che hanno firmato o vidimato i libri, debbono trasmettere la nota ogni anno al tribunale; e lo stesso debbono fare i notai (Cod. di Comm. art. 24).

2°) <u>che i libri siano tenuti nel modo prescritto dalla legge</u> (cod. di comm. art. 75). La legge non prescrive alcun metodo speciale di contabilità, quindi non è obbligatoria neppure la partita doppia. I libri debbono, invece, essere tenuti per ordine di data, senza spazi in bianco, senza interlinee e senza trasporti in margine. Non vi si debbono fare abrasioni, che rendano illegibile una scritturazione già fattavi. Ove debba farsi qualche cancellatura, questa deve eseguirsi in modo che le parole cancellate restino tuttavia leggibili.

I libri debbono essere conservati per dieci anni dall'ultima sottoscrizione, cioè per tutta la durata della prescrizione commerciale (art. 26).

B) Forza probante dei libri di commercio (art. 48-52 cod. comm.)

I libri di commercio obbligatori regolarmente tenuti hanno una speciale forza probante; in eccezione al principio generale, per cui nessuno può creare una prova a proprio vantaggio, i libri commerciali fanno prova non solo contro chi li ha tenuti, ma anche a favore di chi li ha tenuti. Mentre infatti gli art. 1329 e 1330 cod. civ. stabiliscono che i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, e che i registri e le carte domestiche fanno fede contro chi li ha scritti, gli art. 48 e 49 stabiliscono che i libri di commercio fanno prova fra commercianti e in materia di commercio, anche a favore di chi li ha tenuti. Invece, tutti i libri di commercio, anche i non obbligatori, anche quelli irregolarmente tenuti, fanno prova contro chi li ha tenuti, qualunque sia la causa, in cui si sono invocati.

1° Efficacia probante a favore di chi ha tenuto i libri (art. 48 e 49). Il fondamento dell'efficacia probatoria speciale dei libri di commercio a favore del commerciante che li ha tenuti sta nella continuità cronologica delle registrazioni, che garantisce contro le alterazioni successive di quelle già registrate, e la loro corrispondenza nei diversi libri che permette un reciproco controllo.

Le condizioni richieste dalla legge perché i libri possano far prova a favore di chi li ha tenuti sono:

a) che si tratti di libri obbligatori; i libri facoltativi non godono di questa speciale forza probante, come si desume a contrario dall'art. 49;

b) che i libri siano regolarmente tenuti, cioè regolarmente vidimati e tenuti secondo le norme dell'art. 25. Quando, in qualche scritturazione, siano violate le regole poste dall'art. 25, la irregolarità locale non infirmerà che la scritturazione irregolare, non già la regolarità generale del libro e la sua generale forza probante. Non è necessario, perchè il libro sia regolarmente tenuto, che le scritturazioni siano fatte personalmente dal commerciante; le annotazioni fatte dal commesso o dall'impiegato che tiene la contabilità hanno effetto come se fossero scritte dal principale (cod. di comm. art. 48 capoverso). Si discute se dal libro irregolare si possa desumere almeno un principio di prova a favore del commerciante. Noi crediamo che nessuna efficacia in questo senso si possa attribuire al libro irregolare, perchè in esso vengono meno quei presupposti, che stanno a base della speciale forza probante dei libri di commercio. Neanche si può ammettere che da un libro irregolare si possano trarre presunzioni a favore del commerciante, altrimenti si verrebbe, per via indiretta, mediante la prova congetturale, ad attribuire al libro irregolare quella fede, che il legislatore espressamente gli ha negato. Questa rego-

la vien meno solo in materia di fallimento (art. 49) nella qual materia è concesso al giudice delegato nel procedimento di verificazione dei crediti, facoltà di trarre elementi probatori anche a favore del credito del fallito, dai suoi libri irregolarmente tenuti (cfr. cod. di comm. art. 761). Ciò perchè i libri vengono immediatamente sottratti al fallito. (Cod. di Comm. art. 737) e quindi ha minore valore il sospetto che la irregolare tenuta abbia offerto facile mezzo ad iscrizioni o ad alterazioni fraudolente (Segrè art. 49 n. 13).

c) che si tratti di una controversia fra commercianti. Se una delle parti non è commerciante, non si applica il principio degli art. 48 e 49, ma la norma dell'art. 1328 cod. civ. per cui i libri dei commercianti non fanno fede delle somministrazioni che vi sono registrate contro le persone non commercianti, ma autorizzano il giudice a deferire d'ufficio il giuramento all'una o all'altra parte. È stato sostenuto che i libri dei commercianti fanno prova a loro vantaggio anche se l'altra parte non è commerciale, in forza dell'art. 54. Ma la norma generale dell'art. 54 viene meno di fronte a quella specifica dell'art. 48 che esige espressamente la qualità di commerciante in ambedue i litiganti.

d) che si tratti di una controversia in materia commerciale. Se la controversia dipen-

da da un atto che è commerciale per ambedue le parti, nessun dubbio. Il dubbio sorge quando lo atto è commerciale per una sola delle parti. Si tratterà di un caso raro, perchè essendo ambedue le parti commercianti, tutti i loro atti saranno coperti dalla presunzione di commercialità dell'art. 4. Ma è un caso che può verificarsi, quando sia fornita la prova contraria, di cui all'art. 4. In questa ipotesi, noi crediamo che l'art. 49 debba tuttavia applicarsi, perchè si versa a termini dell'art. 54, in materia commerciale. Per l'art. 54, infatti, è materia commerciale anche il rapporto misto, commerciale per una parte e civile per l'altra.

Concorrendo questi quattro requisiti, i libri di commercio fanno prova anche a favore di chi li ha tenuti.

L'efficacia probatoria di ogni libro ha un limite, che si desume dalla funzione del libro stesso: così per esempio, il copialettere, che stabilisce il fatto e i termini della corrispondenza intercorsa tra le parti, servirà a provare la conclusione del contratto; mentre il libro giornale, che segua giorno per giorno le operazioni del commerciante, servirà a provare la sua esecuzione.

L'efficacia dei libri di commercio a prova del commerciante è puramente probatoria, mai costitutiva; ciò si desume letteralmente dal

la dizione dell'art. 48-49. Per conseguenza, i libri non possono mai invocarsi per stabilire l'esistenza di un contratto, per cui è richiesta la scrittura ad substantiam (per es. una compera-vendita d'immobili.

Ma vi ha di più. L'efficacia probatoria dei libri sancita dagli art. 48 e 49 cod. di com. a favore del commerciante che li ha tenuti non può trasformare i libri in quello che non sono: cioè in scritture private provenienti dalla parte contro cui si invocano. Essi dunque non possono neanche sostituire le scritture private nella loro normale funzione probatoria, che presuppone la provenienza della persona, contro cui la prova è fatta per valere. Quando perciò la legge richiede la prova per iscritto, con la nota conseguenza della esclusione della prova testimoniale (cod. di comm. art. 53) l'esistenza di annotazioni nei libri della parte a favore di cui il fatto da provare è invocato, non è sufficiente a costituire la prova per testimoni. Per la stessa ragione che manca la provenienza della parte contro cui si invoca la prova, i libri non possono costituire principio di prova scritta a favore di chi li ha tenuti.

In conclusione, il principio degli art. 48 e 49 è un principio eccezionale che va tenuto rigorosamente nei limiti stabiliti dalla legge, la quale, tra l'altro, stabilisce espressamente un potere

discrezionale del giudice sull'apprezzamento della prova risultante dai libri a favore di chi li ha tenuti (i libri di commercio possono far fede).

2º Efficacia probante dei libri contro chi li ha tenuti (art. 50). Qui riprendono impero le norme generali del codice civile: anzi l'art. 50 non fa che riprodurre letteralmente l'art. 1329 cod. civ: "i libri dei commercianti fanno fede contro di essi, ma quegli che vuol trarne vantaggio, non può scindere il contenuto in ciò che gli è contrario". Vengono pertanto meno quando si invocano i libri contro chi li ha tenuti, tutte le condizioni e limitazioni poste dagli art. 48 e 49: fanno fede anche i libri ausiliari, anche i libri irregolarmente tenuti e fanno fede anche fra commercianti e non commercianti, ed anche in materia non commerciale. In sostanza, le annotazioni dei libri costituiscono una confessione scritta stragiudiziale rivolta alla controparte (codice civile art. 1356 e 1358).

L'efficacia probatoria dei libri di comm. contro chi li ha tenuti è piena, nel senso che non ha bisogno di alcuna integrazione. A fortiori perciò essa potrà essere integrata da altra prova, come il giuramento e la prova per testimoni; anzi essa apre sempre l'adito alla prova testimoniale come principio di prova per iscritto.

Tuttavia, l'efficacia probante piena attribuita dall'art. 50 cod. di comm. ai libri quando sono invocati contro chi li ha tenuti, non è sufficiente a trasformare il libro in quel che non è, cioè in una vera scrittura privata: pertanto:

a) l'efficacia dei libri è, anche qui, puramente probante e non costitutiva; non sufficiente perciò a porre in essere negozi giuridici, per cui sia richiesta la scrittura ad substantiam;

b) non si applica alla prova fornita dai libri la limitazione dell'art. 1341 cod. civ. che vieta di opporre la prova testimoniale al contenuto dell'atto scritto. Può perciò sempre il commerciante combattere i risultati della propria registrazione, rettificare alcune partite, dimostrarne l'erroneità, e ciò con tutti i mezzi ammessi dalla legge, tra i quali la prova testimoniale e le presunzioni. Ma questa prova contraria incombe a chi ha tenuto i libri; fino a che la prova non è data, fanno fede i risultati della registrazione.

C) I libri dei mediatori e la loro forza probante (cod. di comm. art. 33 e 52). I mediatori debbono tenere alcuni libri speciali, conformemente alle esigenze della loro professione. Tali libri sono:

1º Un libretto in carta libera o taccuino, in cui debbono essere annotati, anche a matita e sommariamente, ma l'uno distinto dall'altro, tutti gli

affari compiuti col ministero del mediatore, in borsa e fuori, a contanti ed a termine, ancorchè siano stati stornati dai contraenti.

2°) un libro giornale, in cui debbono essere riprodotte giorno per giorno, tutte le cauzioni degli affari, a cui il mediatore ha preso parte;

3°) il copialettere ed i fascicoli della corrispondenza in arrivo.

Non è invece obbligatorio il libro degli inventari.

Inoltre:

4°) il mediatore, appena concluso il contratto e registratolo nel taccuino, deve consegnare alle parti uno stabilito contenente la copia della registrazione.

Circa il valore probatorio di questi libri o note dei mediatori, bisogna distinguere:

a) nei rapporti tra il mediatore e le parti, i libri fanno prova a favore e contro il mediatore, secondo le norme degli art. 49 e 50,

b) nei rapporti tra le parti che hanno concluso il contratto a mezzo del mediatore, lo art. 52 lascia al giudice libertà di attribuire ai libri e alle attestazioni del mediatore quella forza probante che secondo le circostanze possono meritare.

Se le attestazioni dei mediatori da essi rilasciate sono anche sottoscritte dalle parti, esse acquistano il carattere di vere scritture private con tutta

l'efficacia probante e costitutiva a queste concessa.

D) Procedimento per far valere in giudizio la forza probante dei libri di commercio (art. 27, 28, 51 cod. di comm.).

I mezzi processuali, con cui può farsi valere la forza probante dei libri di commercio sono due: l'esibizione e la comunicazione.

L'esibizione è la forma più ristretta di produzione: essa si fa al giudice e consiste nell'astrazione delle sole partite che concernono la controversia. La comunicazione è la forma più ampia di produzione: essa consiste nel porre a disposizione della controparte tutti i libri del commerciante.

L'esibizione e la comunicazione dei libri possono essere offerte dalla parte che li ha tenuti a sostegno della sua azione od eccezione; ovvero possono essere chieste dall'altra parte; ovvero possono essere ordinate d'ufficio dal giudice.

1°) Nel primo caso l'esibizione può farsi anche mediante presentazione di un estratto notarile delle registrazioni che interessano la controversia. Vi è chi ritiene essere la presentazione al giudice sempre obbligatoria, ma non crediamo, perchè i notai sono per legge generalmente autorizzati a rilasciare estratti e certificati di atti e documenti che non sono opera loro. Solo nel caso che il giudice ritenga di dover aver sott'occhio tutto il libro per estrarne altre registrazioni, o sia contestata la regolarità dei libri (perchè l'at-

testazione di regolarità fatta dal notaio non è sufficiente), il giudice stesso, d'ufficio o su domanda dell'altra parte ordinerà l'esibizione a lui dei libri. Anche la comunicazione, ossia la presentazione alla controparte può farsi (sebbene il caso sia estremamente raro) spontaneamente da chi ha tenuto i libri: essa avverrà mediante deposito dei libri in cancelleria.

2º Quando la parte che ha tenuto i libri li esibisca o non li comunichi spontaneamente, l'esibizione o la comunicazione possono essere ordinate dal giudice o su domanda dell'altra parte o d'ufficio. Quest'obbligo di esibire o comunicare i libri ha il suo fondamento giuridico nel fatto che, sebbene i libri nel loro complesso, sieno proprietà di chi li ha tenuti, le singole registrazioni sono comuni a tutte le parti che hanno partecipato all'affare a cui si riferiscono. In questa comproprietà delle registrazioni si basa l'obbligo di esibirli o comunicarli.[1]

a) L'esibizione può essere ordinata dal giudice solo quando la lite è pendente; non si può iniziare un giudizio per ottenerla: può essere ordinata perciò solo pei libri appartenenti ad una delle parti in causa; nè è ammesso che si faccia intervenire una parte in causa solo per ottenere l'e-

---

(1) V. specialmente Vivante, Trattato I n. 191, 192

sibizione dei suoi libri, giacchè manca nei libri appartenenti ad un terzo quella communione delle registrazioni che è il fondamento dell'obbligo di esibizione.

Può essere ordinata l'esibizione così dei libri obbligatori come dei libri ausiliari o facoltativi, quando si prova che siano stati tenuti; il principio infatti della communione delle registrazioni vale anche pei libri ausiliari.

Chi chiede l'esibizione deve determinare le partite da estrarsi: infatti non si deve dimenticare che chiedendo l'esibizione dei libri avversari si soddisfa senz'altro all'obbligo della prova; l'esibizione è il mezzo per far valere una prova che apparteniene già alla parte come sua comproprietà; ma perchè si possa dire che l'obbligo sia adempiuto bisogna specificare le registrazioni, in quanto la comproprietà non ha per oggetto il libro, ma quella singola registrazione che concerne l'affare.

Si può chiedere l'esibizione dei libri commerciali anche in materia civile: infatti i libri fanno forza probante contro il commerciante anche in materia civile; e per far valere questa efficacia probante occorre poterne chiedere l'esibizione. Inoltre il principio della communione delle registrazioni, che sta a base del diritto di esibizione è un principio generale valido tanto per la materia civile quanto per la materia commerciale, e l'art. 27 è una di quelle norme comuni alla materia civile e alla com-

merciale, scritte solo per occasione nel codice di commercio.

L'esibizione si fa dinanzi al giudice delegato nel giorno e nel luogo indicati nell'ordinanza che li dispone; il giudice delegato estrae dai libri, con l'assistenza del cancelliere, le partite che riguardano la controversia. All'esame dei libri non può assistere la parte che ha chiesto l'esibizione: questo mezzo processuale si distingue appunto dalla comunicazione per ciò che pone a disposizione dell'altra parte solo singole registrazioni e non l'intero libro.

b) La comunicazione è un mezzo eccezionale, che la legge consente solo in determinati casi, in cui occorre indagare su tutta l'azienda del commerciante. Questi casi sono quattro (art. 78): quando cioè si tratti di questioni, aventi origine in un rapporto di società, di comunione, di fallimento o di successione. Sono tutti casi in cui la comproprietà delle registrazioni non investe la singola registrazione, ma tutte le registrazioni, perchè la parte, che chiede la comunicazione, è interessata su tutta l'azienda di quello, che ha tenuto i libri.

La comunicazione può essere ordinata durante il corso di una controversia, ma può anche formare l'oggetto di una domanda principale. Può essere chiesta dalla parte, o ordinata d'ufficio dal

giudice: la disposizione in questo senso dell'art. 27, benchè non espressamente riprodotta nell'art. 28, deve intendersi come implicitamente richiamata.

c) Se la parte, a cui fu ordinata la esibizione o la comunicazione, rifiuti di produrre i libri, quali sanzioni si applicheranno?

Le sanzioni sono due:

1º) la presentazione con mezzi coattivi, mediante applicazione delle regole scritte nel codice di procedura civile sul rilascio di beni mobili (art. 741, 742, 596, 923 cod. proc. civ.)

2º) l'applicazione dell'art. 51 cod. di commercio per cui, se la parte, ai libri della quale l'altra offre di prestare fede, ricusa di presentarli, il giudice può deferire a questa il giuramento sull'oggetto controverso. In virtù di tale disposizione la parte che ricusa di presentare i libri, rischia di vedere ammesse le deduzioni dell'altra mediante il semplice giuramento di questa. Ciò significa che il rifiuto di presentazione costituisce un principio di prova, che il giudice può completare col giuramento. Perchè l'art. 51 possa essere applicato, occorre che la parte, la quale chiede l'esibizione o la comunicazione dei libri dell'altra, offra di prestarvi fede. Dice giustamente il Segrè (Comm. art. 51 n. 5): "Il vantaggio di aver deferito il giuramento deve essere riservato a quel solo litigante che, dichiarando di prestar fede ai libri dell'avver-

sario abbia offerto il modo di troncare immediatamente la controversia, non a colui, che pur chiedendo la presentazione del libro, si è serbata la facoltà di produrre altre prove ". È naturale che l'offerta è valida solo se i libri risultano tenuti regolarmente, giacché solo i libri regolarmente tenuti possono far prova a vantaggio di chi li tiene.

Il principio che il giudice è arbitro nell'ammettere o non ammettere la prova risultante dai libri (art. 48); implica che esso è arbitro altresì di ammettere o ricusare, quando crede, la esibizione e la comunicazione; nè l'offerta della parte, di prestar fede ai libri avversari, può in alcun caso tramutare in obbligo quella che è semplice facoltà discrezionale del magistrato.

FINE DELLA PARTE GENERALE

I

INTRODUZIONE

Il diritto commerciale e la scienza del diritto commerciale

LIBRO I°

Il diritto commerciale obbiettivo

CAPITOLO I°

CAPITOLO II°

LIBRO II°

I rapporti di diritto commerciale in generale

CAPITOLO I°

CAPITOLO II°

Elementi dei rapporti di diritto commerciale

SEZIONE I^a - I soggetti

SEZIONE II^a - Gli oggetti o cose

CAPITOLO III°

SEZIONE I^a I negozi giuridici commerciali

SEZIONE II^a

CAPITOLO IV^o

Realizzazione dei rapporti giuridici commerciali

SEZIONE I^a La difesa privata in materia commerciale e in specie il diritto di ritensione

SEZIONE II^a Realizzazione giudiziaria dei diritti in materia commerciale

(Procedura commerciale)